Die
Ansprüche des Vermächtnisnehmers.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der

juristischen Doctorwürde

mit Genehmigung der

Hohen juristischen Fakultät der Königlichen Universität Breslau

veröffentlicht

von

Moritz Licht

Referendar.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Breslau.

Druck von Graß, Barth & Comp. (W. Friedrich).

1899.

Meinen Eltern

zugeeignet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546309_0225

Inhalt.

Seite

§ 1. A. Zweck und Weg der Untersuchung ....

B. I. Die Rechtsstellung des Vermächtnisnehmers im vorjustinianischen Recht.

§ 2. 1. Die Rechtswirkungen der Legate 3

I. Die vier Legatsformen in Voraussetzung und Wirkung. II. Das *S. C. Neronianum.*

§ 3. 2. Die Rechtsmittel des Fideikommissars 16

I. Ursprung und Geschichte der Fideikommisse. II. Die persönliche Klage. III. Die *missio in rem.*

§ 4. 3. Die Reform Justinians im allgemeinen 25

II. Die Ansprüche des Vermächtnisnehmers im justinianischen und heutigen gemeinen Recht.

1. Einzelvermächtnisse.

§ 5. A. a. Der unmittelbare Rechtsübergang von Vermögensstücken an den Vermächtnisnehmer und die daraus entspringenden Ansprüche 28

I. Die unbedingte Voraussetzung jedes unmittelbaren Rechtsüberganges. II. Der unmittelbare Übergang bestehender Forderungen: 1. gegen den Bedachten, 2. gegen Dritte. III. Übergang dinglicher Rechte. 1. Eigentum. 2. Publicianisches Recht. 3. Andere dingliche Rechte. IV. Dispositiver Charakter der justinianischen Bestimmungen.

§ 6. b. Die Sicherung des unmittelbaren Rechtsübergangs durch die Vorschriften der *l.* 3 *C. com. de leg.* 6, 43 46

B. Die Obligierung des Erben und die damit zusammenhängenden Ansprüche.

§ 7. a. Das Forderungsrecht selbst 50

I. Die Fälle des Forderungsrechts. II. Das Verhältnis zwischen der dinglichen und der persönlichen Klage. III. Entstehungsgrund des Forderungsrechts. IV. Charakter und Inhalt der daraus hervorgehenden obligatorischen Klage.

b. Die Verstärkungsmittel des Forderungsrechts.

aa. Die reale Sicherheit für die Durchsetzung.

Seite

§ 8. α. Das gesetzliche Pfandrecht 58

I. Geschichte. II. Gegenstand des Pfandrechts: 1. Auch die vermachten Nachlaßsachen? 2. Einfluß einer Erbteilung. III. *Causa dividua?* IV. Beginn. V. Besondere Endigungsgründe. VI. Die Pfandklage. VII. Heutige Geltung.

§ 9. β. Der Anspruch auf *cautio legatorum servandorum causa;* seine Durchsetzung im römischen und heutigen Recht.... ... 64

I. Der Anspruch auf *cautio* und seine Anwendungsfälle. II. Seine Durchsetzung im römischen Recht durch *missio in bona.* III. Heutige Geltung: 1. des Anspruchs auf *cautio,* 2. der *missio in bona.* IV. Die Durchsetzung des Kautionsanspruchs nach der *C.-P.-O.*

§ 10. bb. Die Mittel zur Beschleunigung der Erfüllung 79

I. Die *missio Antoniniana.* II. Die Indignität bei einjähriger Säumnis.

§ 11. cc. Der Schutz der Vermächtnisforderung gegen eine Beeinträchtigung durch die Konkurrenz mit anderen Forderungen gegen den belasteten Erben (Separationsrecht)..... 84

I. Die Voraussetzungen des Separationsrechts der Vermächtnisnehmer. II. Die Wirkungen der Separation. III. Die Abänderungen durch die Reichskonkursordnung.

§ 12. 2. Die Ansprüche des Universalvermächtnisnehmers 91

I. Die Entwickelung des Universalfideikommisses bis zu Justinian. II. Justinians Reform. III. Wirkung des Universalvermächtnisses: Kein unmittelbarer Rechtsübergang, nur Forderungsrecht — der Inhalt des letzteren. IV. Ausnahmen: Sonstiger Rechtsübergang. V. Das Veräußerungsverbot der *l.* 3 *C.* 6, 43. VI. Die Besonderheiten des „Fideikommisses auf den Überrest". VII. Die Sicherungsmittel des Universalfideikommissars.

§ 13. III. Der Vermächtnisanspruch im *B. G.-B.* 97

I. Die Behandlung des Universalfideikommisses. II. Das Einzelvermächtnis. 1. Entstehungsgeschichte des § 2174. 2. Die für die Abschaffung des unmittelbaren Rechtsüberganges angeführten Gründe und Kritik derselben. 3. Die Sicherung des Vermächtnisanspruchs des *B. G.-B.*

14. C. Ergebnis 104

Litteratur.

Die mit einem * bezeichneten Werke sind nur mit dem Namen des Verfassers citiert.

Accursius, „commentarii ad Pandectas“. Lugduni 1589.

v. Arndts, verb. „Legat“ in *Weiskes* „Rechtslexikon“, 6. Band. *Leipzig* 1845.

v. Arndts, „Die Lehre von den Vermächtnissen“, in der Fortsetzung von *Glücks* „Erläuterung der Pandekten“, 46. und 48. Teil. *Erlangen* 1868/78.

v. Arndts, „Über die Catonianische Regel“ im Rheinischen Museum für Jurisprudenz, V. Abh. 9. *Göttingen* 1833.

v. Arndts, „Lehrbuch der Pandekten“, 13. Auflage. *Stuttgart* 1886.

**Bachovius, „ad disputationes Treutleri“. Coloniae Agrippinae* 1653.

**Bähr,* „Zum Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs“ im Archiv f. bürgerl. R., III. Abh. 3.

Basilicorum libri LX., ed. Heimbach. Lipsiae 1846.

Bekker, „Die Aktionen des römischen Privatrechts“. *Berlin* 1871/3.

Brunnemann, „commentarius in L. libros Pandectarum“. Wittenbergae 1714.

Brunnemann, „commentarius in Codicem Justinianeum“. Lipsiae 1699.

Bruns, „fontes iuris Romani antiqui“, Ed. VI. Freiburg u. *Leipzig* 1893.

**Brinz,* „Lehrbuch der Pandecten“, 2. Aufl. *Erlangen* 1873/79/86.

Burckhard, in der Fortsetzung von *Glücks* „Erläuterung der Pandekten“, Serie der Bücher 39 und 40, 2. Teil.

Ben. Carpzovius, „Jurisprudentia Forensis Romano-Saxonica“. Lipsiae 1721.

M. Tullius Cicero, „de finibus bonorum et malorum“. Lipsiae 1878.

Claud. Chifletius, „de jure fideicommissorum“ in *Otto, „thesaurus Juris Romani“, tom. V. Trajecti ad Rhenum* 1735.

**Sam. de Cocceji, „Jus civile controversum“. Lipsiae* 1791.

Cuiacius, „opera omnia“. Neapoli 1758. (citiert: *opp.*)

Cuiacius, „observationes et emendationes“. Halae 1737.

H. Dernburg, „Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts“. *Leipzig* 1860.

**H. Dernburg,* „Pandekten“, 4. Auflage. *Berlin* 1894.

H. Dernburg, „Lehrbuch des Preußischen Privatrechts“, 3. Auflage. *Halle* 1884.

Donellus, „opera omnia“. Lucae 1766. (citiert: *opp.*)

Duarenus, „*opera omnia*“. *Francofurti* 1592.
Jo. Durantis, „*de arte testandi*“ im „*Tractatus illustrium Jurisconsultorum*“, *Tom. VIII. Venetiis* 1584.
Eisele, „Über Nichtigkeit obligatorischer Verträge wegen Mangels an Willensübereinstimmung der Contrahenten“ in *Iherings* Jahrbüchern, XXV. Abh. 10.
Eisenhart, „Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern“. *Helmstädt* 1759.
Emminghaus, „*corpus iuris Germanici*“. 2. Auflage. *Jena* 1844.
Endemann, „Einführung i. d. Studium des Bürgerl. Gesetzbuchs“. 3. bis 5. Aufl. *Berlin* 1899.
Ant. Faber, „*Codex Fabrianus definitionum forensium*“. *Lipsiae* 1706.
Ant. Faber, „*De erroribus Pragmaticorum*“. *Pars prima. Lugduni* 1598.
Fabrotus, „Τὰ Βασιλικά“.
O. Fischer, „Recht und Rechtsschutz“. 6. Heft von *Bekker* und *Fischer*, „Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches“. *Berlin* 1889.
O. Fischer, „Lehrbuch des preußischen Privatrechts“. *Berlin* und *Leipzig* 1887.
O. Fischer und *W. Henle*, „Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuchs“. 3. Aufl. *München* 1899.
Fitting, „Über den Begriff der Rückziehung“. *Erlangen* 1856.
Fitting, „Über das Alter der Schriften römischer Juristen . . .“ *Basel* 1860.
Förster-Eccius, „Preußisches Privatrecht“. 6. Auflage. *Berlin* 1893.
Fritz, „Über die Collision der Legatare mit den Erbschaftsgläubigern und den Gläubigern des Erben“ im Archiv für civilistische Praxis, XII. 12. Abh.
**Gaius*, „*institutiones*“, *ed. Krüger-Studemund. Berol.* 1891.
Gierke, „Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht“. *Leipzig* 1889.
**Glück*, „Ausführliche Erläuterung der Pandekten“, 18. u. 19. Tl. *Erlangen* 1816/17.
**Göschen*, „Vorlesungen über d. gemeine Civilrecht“. 2. Aufl. *Göttingen* 1843.
Gradenwitz, „Interpolationen in den Pandekten“ in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung, VII. Bd., 4. Abh.
Hahn, „*Observata theor.-pract. ad Wesenbecii in Digesta commentarios*“ *Helmstadii* 1650.
**Harpprechtus*, „*opera omnia*“. *Tubingae* 1627.
Hellfeld, „*Jurisprudentia forensis . . .*“ *Jenae* 1764.
Hellmann, „Über *missio in possessionem* im römischen und heutigen Recht“ in der Münchner Festgabe für *J. J. W. Planck* 1887.
Hepp, „Beiträge zur Lehre von der Datierung des Pfandrechts“ im Archiv für civil. Praxis, X., Abh. 12.
Heumann, „Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts“, 8. Aufl. *Jena* 1895.

*Hölder, „Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechts". *Erlangen* 1881.
F. Hofmann, „Zur Lehre vom *beneficium inventarii* und der *separatio bonorum*" in *(Grünhuts)* Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart", VIII., Abh. 11.
Huschke, „Vom bedingten und dem mit einem *dies* behafteten Pfandrecht" in *(Lindes)* Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, XX., Abh. 5.
Huschke, „Das Recht des *Nexum*". *Leipzig* 1846.
v. Ihering, „Passive Wirkungen der Rechte" in seinen Jahrbüchern, X., Abh. 8.
**Jörs*, „Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik", 1. Teil. *Berlin* 1888.
**Karlowa*, „Römische Rechtsgeschichte". *Leipzig* 1885/93.
v. Keller, „Der römische Civilprozeß . . .", 6. Aufl. *Leipzig* 1883.
v. Keller, „Institutionen". *Leipzig* 1861.
**Kipp*, „Die Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen und zu Rechtshandlungen" in der Kieler Festgabe für *Ihering*. 1892.
**Kniep*, *„de cautione et missione legatorum . . . seu fideicommissorum servandorum causa". Rostochii* 1872.
Köppen, „System des heutigen römischen Erbrechts". *Jena* 1862.
Kohler, „Pfandrechtliche Forschungen". *Jena* 1882.
v. Kreittmayr, „Anmerkungen über den *Codicem Maximilianeum Bavaricum*". *München* 1821.
Lassalle, „Das Wesen des römischen und germanischen Erbrechts". 2. Aufl. *Leipzig* 1880.
**Lauterbach*, *„collegium Pandectarum theoretico-practicum" ed.* VIa. *Tubing.* 1784.
Lenel, „Das *Edictum perpetuum*". *Leipzig* 1883.
Lenel, „Beiträge zur Kunde des prätorischen Edicts". *Leipzig* 1879.
Lenel, „Palingenesia iuris civilis". Leipzig 1889.
R. Leonhard, „Institutionen des römischen Rechts". *Leipzig* 1894.
R. Leonhard, „Die besonderen Rechtszweige im Entwurfe eines B. G.-B." *Marburg* 1892.
R. Leonhard, „Der Erbschaftsbesitz". *Jena* 1899.
v. Leyser, „meditationes ad Pandectas". Lipsiae 1734.
v. Löhr, „Über Justinians Compilation" im Magazin für Rechtsw., III. 5. Abh. *Giessen* 1820.
v. Löhr, „Über das Pfandrecht der Legatare" im Archiv für civ. Prax., V., 7. Abh.
v. Mandry, „Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze", 3. Auflage. *Freiburg* 1885.
Marezoll, „Zu der Lehre von den Vermächtnissen" in *(Lindes)* Zeitschrift, IX., 2 Abhandl.
Marezoll, „Von den Nachteilen der zweiten Ehe", ebendort, V., 23. Abh.
**M. S. Mayer*, „Die Lehre von den Legaten und Fideikommissen", 1. Abt. *Tübing.* 1854.

*Mevius, „Decisiones". *Francof. ad Moen.* 1705.
Fr. Mommsen, „Entwurf eines deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven". *Braunschweig* 1876.
„*Motive* zu dem Entwurf einer Konkursordnung." (Drucks. d. Reichst., II. Legisl., 2. Session 1874 zu No. 200).
„*Motive* zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich." Amtliche Ausgabe. *Berlin* 1888.
Mühlenbruch, „Lehrbuch des Pandektenrechts". *Halle* 1837.
Noodt, „Opera omnia". Lugduni Batav. 1724.
Oertmann, „Das *beneficium separationis* im röm. und heutigen Recht" in *Grünhuts* Zeitschrift, XVII., 6. Abh.
Oertmann, „Separation u. Absonderung" in *Iherings* Jahrb., XXXIV., 2. Abh.
**Paulus, „libri quinque sententiarum" ed. Krüger. Berol.* 1878.
**Perez, „Praelectiones in . . Codicem . ." Amstelodami* 1671.
**A. Pernice, „M. Antistius Labeo". Halle* 1873.
Petersen, „Die Berufung zur Erbschaft . . nach dem Entwurf eines Bürgerl. Gesetzb. f. d. D. Reich". 16. Heft der Beiträge . . von *Bekker* und *Fischer.*
Philler, „Vorlesungen über das Bürgerliche Gesetzbuch". *Leipzig* 1899.
G. Planck, „Zur Kritik des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich" im Archiv f. civ. Praxis, Bd. 75, Abh. 9.
Pothier, „Pandectae . . in novum ordinem digestae". Paris 1819.
Protokolle, Die metallographierten der ersten Kommission. *(I. Protokolle.)*
„*Protokolle* der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des *B. G.-B.*" *(II. Protokolle.)* Amtliche Ausgabe. *Berlin* 1899.
**Puchta,* „Cursus der Institutionen", 9. Aufl. *Leipzig* 1881.
Rosshirt, „Die Lehre von den Vermächtnissen nach röm. Rechte". *Heidelberg* 1835.
Roth, „Bayrisches Civilrecht". *Tübingen* 1875.
v. Savigny, „Geschichte d. röm. Rechts im Mittelalter". 2. Ausg. *Heidelberg* 1850.
v. Savigny, „System des heutigen röm. Rechts". *Berlin* 1840.
**Salkowski,* „Die Vermächtnisforderung und die Vermächtnisklagen". *Erl.* 1889. (Fortsetzung von *Glücks* „Erläuterung der Pandekten".)
**v. Schmitt,* „(Amtlicher) Entwurf eines Rechtes der Erbfolge f. d. Deutsche Reich". *Berlin* 1879.
L. C. Schröder, „opusculum de natura et effectibus pignoris praetorii". Marburg 1751.
F. Schröder, „Zur Lehre von den gesetzlichen Veräußerungsverboten". *Heidelberg* 1875.
**Schulting, „Jurisprudentia vetus antejustinianea". Lipsiae* 1737.
E. A. Seuffert, „Das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Vermächtnissen". *München* 1854.
Loth. Seuffert, „Poenae temere litigantium" im Archiv für civ. Praxis, Bd. 67, Abh. 9.

Loth. Seuffert, „Kommentar zur *C.-P.-O.*“, 7. Aufl. *München* 1895.
Sintenis, „Handbuch des gemeinen Pfandrechts“. *Halle* 1836.
Sintenis, „Praktisches gemeines Civilrecht“, 3. Aufl. *Leipzig* 1869.
**Sohm*, „Institutionen des röm. Rechts“, 5. Aufl. *Leipzig* 1894.
Sprenger, „Das gesetzliche Veräußerungsverbot in *l.* 3 §§ 2 u. 3 *C.* VI. 43“. *Zürich* 1884.
Strohal, „Das deutsche Erbrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch“. *Berlin* 1896.
Struvius, „*Syntagma Jurisprudentiae*“. *Jenae* 1892.
**R. Stintzing*, „Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft“. *München-Leipzig* 1880/1.
**Stryk*, „*Usus mod. Pandectarum*“, *Ed.* IV^a. *Halae Magd.* 1723.
Theophilus, „*Paraphrasis Graeca in Institutiones*“. 1610.
Ubbelohde, „Erbrechtliche Competenzfragen“ im Archiv f. civ. Prax. Bd. 61, Abh. 1.
Ubbelohde, „Die erbrechtlichen Interdikte“. (Fortsetzung von *Glück.*) *Erlangen* 1891.
**Ulpianus*, „*liber sing. regularum*“, *ed. Krüger. Berol.* 1878.
Unger, „Die Verträge zu Gunsten Dritter“ in *Iherings* Jahrbüchern, X., Abh. 1.
Unger, „Das österreichische Erbrecht“, 2. Aufl. *Leipzig* 1871.
**Unterholzner*, „Die Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen“. *Leipzig* 1840.
**v. Vangerow*, „Lehrbuch der Pandekten“, 7. Aufl. *Heidelberg* 1863/7.
„Verhandlungen des neunzehnten deutschen Juristentages.“ 1888.
**Voet*, „*commentarius ad Pandectas*“ *Col. Allobr.* 1759.
Wesenbeck, „*commentarii in Pandectas*“. *Lugd. Bat.* 1649.
**Wetzell*, „System des ordentlichen Civilprozesses“. *Leipzig* 1878.
**Windscheid*, „Lehrbuch des Pandektenrechts“, 7. Aufl. *Frankfurt a. M.*, 1891.
Wlassak, „Kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen“.

Seufferts Archiv für Entscheidungen (citiert: *S. A.*).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes (citiert: *R. G.*).

A. Zweck und Weg der Untersuchung.

§ 1.

Die Ansprüche[1]) des Vermächtnisnehmers werden vom *B. G.-B.* gegenüber dem bisherigen Recht fast in allen Gebieten des Reichs auf das tiefgreifendste geändert, und zwar im wesentlichen im Sinne einer Beeinträchtigung der Sicherheit seiner Rechtsstellung.

Daß das Bedürfnis nach dieser Art letztwilliger Zuwendung sich verringert habe, wird Niemand behaupten. Im Gegenteil besteht z. B. gegenüber dem römischen Recht infolge der größeren Bedeutung, die der Deutsche den Gemütsbeziehungen beilegt, und auch infolge der Erweckung des sozialen Gewissens heute vielleicht für den Erblasser ein erhöhtes Bedürfnis nach dieser rechtsgeschäftlichen Form, die ihm ermöglicht, Andenken und Belohnungen an Nahestehende zu vergeben, wohlthätige Anstalten zu bedenken, ohne diesen die geschäftlichen Schwierigkeiten der Erbenstellung aufzubürden.

In den gesetzgeberischen Vorarbeiten des neuen Gesetzbuchs wird nun diese bedeutsame Abänderung tausendjährigen Rechts unter anderem damit begründet, daß der bisherige Rechtszustand unsicher, allzu verwickelt und mit dem System des *B. G.-B.* unvereinbar sei.[2])

[1]) Wir gebrauchen „Anspruch" hier im Sinne des *B. G.-B.* § 194, nicht in der Bedeutung der *C.-P.-O.* Vgl. *Fischer-Henle*, Handausgabe d. *B. G.-B.* zu § 194[1].

[2]) Vgl. *von Schmitt*, S. 292. Derselbe, Begründung der Abänderungsvorschläge, S. 70 ff., 75 f. *Motive*, S. 134. *Protokolle* I, S. 9336 f. *Protokolle* II, S. 209.

Diese Behauptung gilt es nachzuprüfen — nicht von dem nunmehr unzeitgemäßen Standpunkt,[3]) ob die Neuerung zu billigen sei, sondern als ein Beitrag zur rechtsgeschichtlichen Entwickelung.

Sind die gesetzgeberischen Vorarbeiten überhaupt ohne Kenntnis der Rechtsgeschichte unverständlich, so gilt das namentlich von unserem Gegenstande, bei dessen Erörterung die Motive und Protokolle z. B. den uralten Ausdruck „Vindikationslegat" fortwährend verwenden.

Wir werden daher im römischen Recht unsere Untersuchungen beginnen müssen. Hier genügt ein Zurückgehen bis auf Justinians Gesetzbuch aus zwei Gründen nicht. Einmal hat der Kaiser, der hier bedeutsam eingriff, nur Vorgefundenes weiter ausgebaut. Ferner aber hat er seine gesetzgeberische Aufgabe gar nicht voll erfüllt. Er giebt für die wichtige Verschmelzung von Legat und Fideikommiß nur die leitenden Grundsätze an und wälzt auf uns die Aufgabe ab, die größtenteils unvermittelt nebeneinander stehenden Bestimmungen in seinem Sinne ineinander zu verweben.[4])

Wir müssen daher vom vorjustinianischen Rechte an die Rechtsstellung des Vermächtnisnehmers verfolgen.

Bei der dann folgenden Behandlung des justinianischen Rechts werden gleichzeitig auch die Wandlungen dieses Rechtszustandes im gemeinen Recht erörtert werden können. Diese Änderungen erstrecken sich nur auf Nebenpunkte, da das deutsche Erbrecht, seiner Eigentümlichkeit entsprechend, hier grundlegende Schöpfungen nicht hervorgebracht hat.

Dann erst kann zur Betrachtung des *B. G.-B.* übergegangen werden.

[3]) Vgl. *Leonhard*, Erbschaftsbesitz, § 1.
[4]) *Leonhard*, Institutionen, § 110, Anm. 8.

B. I. Die Rechtsstellung des Vermächtnisnehmers im vorjustinianischen Recht.[1]

1. Die Rechtswirkungen der Legate.

§ 2.

I. Die erste gesetzliche Sanktionierung aller letztwilligen Verfügungen finden wir in den zwölf Tafeln.[2] Ihre Bestimmung: *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto* bezog sich wohl ursprünglich auf alle Verfügungen des Testaments, erst im Laufe der Zeit schränkte man den Begriff des *legare* auf die letztwilligen Verfügungen über einzelne Vermögensrechte ein.[3]

Über die speziellen Wirkungen einer derartigen Verfügung läßt uns das Zwölftafelgesetz im Unklaren. Es verleiht ihr vielmehr immer diejenige rechtliche Wirkung, die der Testator selbst herbeiführen wollte beim Aussprechen jener Bestimmung (*legare* = *legem dicere*).

Daran anknüpfend haben dann die römischen Juristen, die *„veteres"*, in ihrer Thätigkeit als *caventes* die Berater des römischen Testators,[4] in meisterhafter Technik vier verschiedene Formeln für das Legat ausgebildet, die den verschiedenen Bedürfnissen des Leganten Rechnung trugen und schon durch ihre Form die beabsichtigte Wirkung klar erkennen ließen.[5]

[1] Vgl. zum Folgenden namentlich: *Marezoll*, zur Lehre von den Vermächtnissen in *(Lindes)* Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, 9. Band, 4. Abh. *v. Arndts*, Artikel „Legat" in *Weiskes* Rechtslexikon. *v. Arndts* in der Fortsetzung von *Glück*, 46. Teil, S. 6—56.

[2] *Gaius, institutiones*, II. 224. *Ulpian, regulae*, XI. 14. *Bruns, fontes iuris Romani antiqui*, S. 22, *tab. V*, 2.

[3] *l.* 120 *D. de verb. sign.* 50, 16.

[4] *Jörs*, S. 209.

[5] Vgl. über diesen „ansprechendsten Charakterzug des römischen Rechtswesens" *v. Keller* in der 1. Ausgabe seines „römischen Civilprozesses" — Vorrede.

Der ursprüngliche Zweck der Vermächtnisse, eine Ausgleichung innerhalb der Familie herbeizuführen,[6]) konnte dadurch erreicht werden, daß gewisse Sachen (im weitesten Sinne) aus dem eigenen Vermögen des Erblassers an einen Nichterbenden oder bei der Erbeinsetzung Benachteiligten fallen sollten, oder daß aus dem Vermögen des Erben gewisse Leistungen an andere geschehen sollten. Für diese verschiedenen Zwecke schuf man die vier Legatformen. Da nun das Bedürfnis nach diesen vier Arten der Zuwendung wohl gleichzeitig auftrat, so können wir nicht annehmen, daß die vier Legatsarten in ihrem Alter allzu verschieden sind, wir halten sie vielmehr für etwa gleichzeitig entstanden. Jedenfalls lassen sich aus dem Wesen des Damnations- und Vindikationslegats, der beiden Hauptformen, kaum Schlüsse auf ihr zeitliches Verhältnis zu einander ziehen. Insbesondere muß der Gedanke, dem Erben einzelne Nachlaßstücke zu entziehen, keineswegs älter sein als der, ihm bestimmte Verpflichtungen zu Gunsten Dritter aufzuerlegen, nachdem einmal die Anschauung Wurzel geschlagen, daß der Erbe auch die Verbindlichkeiten des Erblassers wie eigene Schulden erfüllen müsse.[7])

Betrachten wir nun die einzelnen Formen der Legate in ihren Voraussetzungen und Wirkungen.

a. Das *legatum per vindicationem.* Es wurde mit den Wo ten: *do lego* oder *capito* oder *sumito* oder *sibi habeto* angeordnet.[8]) Schon daraus können wir auf seinen Charakter schließen. Mit diesen Worten stellt der Erblasser ein unmittelbares Verhältnis zwischen dem Bedachten und der Sache her; der Erbe wird in der Anordnung gar nicht erwähnt.[9]) Er ist nur insofern unentbehrlich, als ohne vorher

---

[6]) *Dernburg,* III. § 100.

[7]) So *Pernice,* I. S. 475. A. M. freilich *Hölder,* S. 73, der das Damnationslegat nach seiner Wesensart für das älteste hält, während *Marezoll* a. a. O., S. 65, und *Karlowa,* II. S. 916, diese Eigenschaft für das Vindikationslegat in Anspruch nehmen.

[8]) *Gaius,* II. 193. *Ulpian,* XXIV. 3.

[9]) Daß der Bedachte angeredet wird, nicht der Erbe, bezeugt deutlich die Fassung in *Epitome Gai,* II. *5,* § 1.

angeordnete Universalsuccession eine Vergabung einzelner Stücke unmöglich ist.[10]) Das erklärt sich aus der Rücksicht auf die Gläubiger des Erblassers. Für sie und ihre Befriedigung sollte er durch Einsetzung eines Erben zunächst sorgen, ehe er anderen Liberalitäten zuwandte, ohne ihnen die Lasten der Erbschaft aufzubürden.

Daher vollzieht sich auch der Eigentumsübergang erst dann, wenn ein Universalsuccessor dem Erblasser entsteht; dann aber geht die legierte Sache sofort ohne Durchgang durch dessen Person *(recta via)* auf den Legatar über.[11]) Die Sache steht sogar schon vom Tode des Erblassers an in gewisser Beziehung außerhalb der übrigen Nachlaßmasse. Das beweist die Entscheidung des *Neratius* in der eben genannten Stelle ganz deutlich. Während nämlich der Erwerb des Erben auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers zurückbezogen wurde,[12]) umfaßte doch diese Rückwirkung nicht die *per vindicationem* legierten Sachen.[13])

Daß der Legatar sofort mit der Antretung der Erbschaft ohne sein Zuthun das Eigentum der legierten Sache erwerbe, war wohl der römischen Auffassung zunächst nicht ganz geläufig. So erklärt sich die Ansicht der Prokulianer, daß die Anordnung des Vindikationslegats nur eine Offerte sei und zum Erwerb eine zustimmende Willenserklärung des Bedachten erforderlich wäre.[14])

Aber die freiere Auffassung der Sabinianer, die mit der Erbschaftsantretung sofort das Eigentum an den Legatar übergehen ließen und ihm nur ein rückwirkendes Ausschlagungsrecht vorbehielten, drang doch durch. Selbst die von *Gaius* dagegen angeführte Constitution von *Antoninus Pius*[15]) drückt nicht das aus, was *Gaius* darin finden will.

---

10) *Gaius*, II. 229. *Ulpian*, XXIV. 15.

11) *l.* 65 (64) *D. de furtis* 47, 2.

12) *l.* 28 § 4 *D. de stip. serv.* 45, 3. *l.* 54 *D. de acq. vel om. her.* 29, 2.

13) Die Stelle sprach ursprünglich von einem Vindikationslegat. *Glosse, ad h. l.* 64 *D.* 47, 2.

14) *Gaius*, II. 195. 200, vgl. *Pernice*, I. 476.

15) *Gaius*, II. 195. *„Deliberent decuriones, an ad se velint pertinere, proinde ac si uni legatus esset."*

Der Kaiser wollte hier nur nochmals darauf hinweisen, daß letztwillige Verfügungen an Stadtgemeinden im Wege des Vermächtnisses gestattet seien[16]) — das war ja noch nicht lange der Fall — und zugleich wollte er das Organ bestimmen, das über die Ausschlagung wirksam Beschluß fassen könne. Im übrigen wollte er die Frage, ob *ipso iure*-Erwerb stattfinde oder Agnition erforderlich sei, gar nicht entscheiden.[17]) Auch in den Pandekten ist nach herrschender Ansicht die sabinianische Meinung maßgebend geworden.[18])

Ein derartiger unmittelbarer Eigentumsübergang war aber natürlich nur möglich an Sachen, die im Augenblicke des Todes dem Testator selbst gehörten, und da nach der *regula Catoniana* der Vermächtnisgeber beim Testieren darauf Rücksicht nehmen sollte, daß ihn jeden Angenblick der Tod ereilen könne, so war die Voraussetzung dieser Legatsform Eigentum und zwar quiritarisches Eigentum des Erblassers im Augenblicke der Testamentserrichtung. Nur an solchen Sachen kann der Erblasser dem Legatar sofort wirksames Vindicieren erlauben; denn die hieraus für den Bedachten entstehende *actio* hatte als *intentio* die Worte: *Hanc rem meam esse aio ex iure Quiritium,* und Niemand kann im allgemeinen mehr Recht übertragen, als er selbst hat.

Eine Ausnahme von diesem strengen Erfordernis ließ man nur für vertretbare Sachen zu.[19]) Hier genügte Eigentum zur Zeit des Todesfalles, weil hierbei der Erblasser nicht an die speziellen, im Moment des Testierens ihm gehörigen Fungibilien gedacht haben wird.

War die Übertragung des Eigentums an eigenen Sachen der ursprüngliche Fall des Vindikationslegats, so wurde es wohl auch bald möglich, andere dingliche Rechte des *ius civile* an Sachen, die dem Erblasser quiritarisch gehörten, mit unmittelbarer Wirkung zu bestellen, für den Erblasser bestehende und der Übertragung fähige weiter zu übertragen

[16]) Vgl. *Ulpian,* XXIV. 28.

[17]) *v. Arndts* im Rechtslexikon a. a. O. S. 324.

[18]) Vgl. namentlich *l.* 81 § 6 *D. de leg. I*⁰ und *Cuiacius ad h. l.* (*opp.* VI. 212), *Windscheid,* § 643[2].

[19]) *Gaius,* II. 196. *Ulpian,* XXIV. 7.

oder dem betreffenden durch sie beschränkten Eigentümer zurückzulegieren.[20])

Die aus dem *legatum per vindicationem* hervorgehenden Klagen sind ganz einfach als *vindicationes* zu bezeichnen. Der Bedachte wird mit der *aditio hereditatis,* wo eine solche erfordert wird, sonst schon mit dem Tode des Erblassers, unmittelbar Eigentümer der vermachten körperlichen Sache, die er mit der *rei vindicatio* an sich zieht; er wird sofort Servitutberechtigter und macht sein Recht mit der *vindicatio servitutis,* d. h. der *actio confessoria in rem,* geltend, oder schließlich sein beschränktes Eigentum wird von einer Servitut frei, was er durch *vindicatio libertatis rei suae,* der *actio negatoria,* zur Geltung bringt.[21])

Dem Willen des Testators entsprechend kann aber auch der Eigentumsübergang hinausgerückt werden durch eine Bedingung, die dem Vermächtnis beigefügt ist. Hier geht erst mit der Erfüllung der Bedingung das Eigentum oder sonstige dingliche Recht über, aber so, daß inzwischen getroffene, unbefugte Verfügungen des Erben rescindiert werden, wenn dieser auch bis zum Übergang an den Legatar als Eigentümer oder Servitutberechtigter gilt. Die Prokulianer betrachteten die Sache inzwischen als *res nullius,* aber die entgegengesetzte sabinianische Theorie ward später herrschend.[22])

b. *legatum per damnationem.* Wie seine Anordnungsformel: *Heres meus dare damnas esto*[23]) beweist, haben wir es hier mit dem genauen Gegenbild des Vindikationslegates zu thun. Hier wird in der Anordnung vom Erben gesprochen. Der Erblasser will nicht unmittelbar dingliches Recht übertragen, sondern schlingt zwischen dem Erben und dem Bedachten ein obligatorisches Band, aus dem der Legatar, *ubi dies legati cessit et venit,* nur mit persönlicher Klage vom Erben die Erfüllung des Willens des Testators fordern kann.

---

20) *Paulus, sent.,* III. *6,* § 17. *Fragmenta Vaticana fr.* 47. 48. 49. 56 *(Paulus),* 85 *(Ulpian).*

21) *v. Arndts* bei *Glück,* 46. Teil, S. 20.

22) *Gaius,* II. 200. *l.* 29 § 1 *D. qui et a quib.* 40, 9.

23) *Gaius,* II. 201. *Ulpian,* XXIV. 4. *Paulus,* III. *6,* § 6.

Daher ist denn auch der Kreis der Vermögensrechte, die auf diese Weise vermacht werden können, weiter. Hier ist nicht erforderlich, daß der Gegenstand der Zuwendung dem Erblasser gehört, er kann zum Vermögenskreise eines Dritten oder des Erben gehören,[24]) auch ein Handeln kann dem Belasteten auf diese Weise zur Pflicht gemacht werden,[25]) wie überhaupt alles unter diese Legatform gebracht werden kann, was fähig ist, Gegenstand einer Obligation zu sein. Nur in einem Punkte sind hier die Voraussetzungen strenger als beim Vindikationslegat. Ist nämlich ein solches Damnationslegat nur einem Miterben auferlegt, so ist im alten Recht erforderlich, daß gerade dieser Betreffende Erbe wird[26])— denn nur zwischen diesem und dem Bedachten besteht das obligatorische Rechtsverhältnis — während beim Vindikationslegat nur erfordert wurde, daß überhaupt aus dem Testament ein Erbe antrat.[27])

Das aus diesem Legat hervorgehende obligatorische Recht verfolgte der Bedachte nicht in einer gewöhnlichen Klage. Der Ausdruck *damnare* hat eine stärkere Kraft; derjenige, der so den Schuldner verpflichtet, ist kein gleichberechtigter Kontrahent, er steht über ihm.[28]) Daher hat eine derartige Verpflichtung, wie wir sie hier in einer *lex privata* finden, wie sie aber namentlich in *leges publicae* vorkommt,[29]) eine ähnliche Wirkung wie ein Urteil.[30]) Sie giebt, modern ausgedrückt, einen „Vollstreckungstitel" und ermächtigt den Gläubiger, wenn nur ein *certum* in Frage steht,[31])

[24]) *Gaius*, II. 210. *Ulpian*, XXIV. 8.

[25]) *Paulus*, III. 6, § 10.

[26]) Anders freilich in späterer Zeit seit Severs Reskript, vgl. *l.* 61 § 1 *D. de leg.* II°.

[27]) *Marezoll*, a. a. O. S. 73.

[28]) *Huschke*, Recht des *Nexum*, S. 51.

[29]) Z. B. *lex Aquilia* (*l.* 2 *pr. l.* 27 § 5 *D. h. t.* 9, 2), Stadtrecht von *Malaga*, Kap. 58. 61. 62 (*Bruns, fontes*, S. 150, 151).

[30]) *Gaius*, III. 175, vergleicht ausdrücklich die testamentarische *damnatio* mit der richterlichen *condemnatio*.

[31]) Nicht, wie z. B. *Puchta* S. 473 meint, nur im Falle der Geldschuld. *Gaius*, IV. 9. Vgl. *Hölder*, S. 76, Anm. 5. Auch das Judikat mußte ja auf ein *certum* lauten, späterhin sogar auf *certa pecunia*. *Gaius*, IV. 48. 49. 52.

sofort die Exekutionshandlung durch *manus iniectio* vorzunehmen. Kam es dann zu einem ordentlichen Rechtsstreit über die Verpflichtung, so mußte der unterliegende Schuldner das Doppelte zahlen. Nach Abschaffung der alten *legis actiones* giebt es dann aus dem Damnationslegat *certae pecuniae* oder *certae rei* die selbständige *actio ex testamento,*[32]) für *incerta* die *actio incerti ex testamento.*[33]) Aber wenn ein *certum* Gegenstand des Vermächtnisses war, blieb nach wie vor bei gerichtlicher Ableugnung die Litiscrescenz *in duplum.*[34]) Die Verpflichtung wurde eben wie eine judikatmäßige behandelt, und wie man gegen ein ergangenes Urteil nochmalige Cognition nur durch *revocatio in duplum* herbeiführen konnte, so nahm man beim Ableugnen der Damnationsschuld dieselbe Gefahr auf sich. Damit steht im Zusammenhange, daß das einmal Gezahlte nicht mehr im Wege der *condictio indebiti* zurückgefordert werden kann.[35]) Es soll eben verhindert werden, daß jene Verpflichtung vor das richterliche Forum gebracht wird, ohne dem widersetzlichen Schuldner zugleich die *poena dupli* einzubringen.

c. *legatum sinendi modo relictum.* Aus der Formel: *Heres meus damnas esto sinere L. Titium hominem Stichum sumere sibique habere*[36]) geht schon hervor, daß wir es hier mit einer Nebenform des Damnationslegats zu thun haben. Nur wird der belastete Erbe nicht zum *dare* verpflichtet, sondern zur Duldung der Wegnahme durch den Vermächtnisnehmer. Er brauchte also hier nicht quiritarisches Recht übertragen, und so schuf man diese Form wohl für die Übertragung von solchen Rechten, die nicht dem *ius civile* angehörten und daher auch *per vindicationem* nicht legiert werden konnten.[37]) Freilich müssen die also legierten Vermögensrechte zur Zeit des Erbfalles zum Vermögenskreise des Testators oder des

[32]) Sie war keine *condictio.* Vgl. *Lenel, Ed. perp.* S. 295 f.

[33]) *Gaius,* II. 213.

[34]) *Gaius,* IV. 9. 171. *Gaius,* II. 282.

[35]) *Gaius,* II. 283. *Ulpian,* XXIV. 33. § 7 *J. de obl. quasi ex contr.* 3, 27.

[36]) *Gaius,* II. 209. *Ulpian,* XXIV, 5.

[37]) *Karlowa,* II. 919. *Dernburg,* III. § 64[6], vgl. auch *Paulus,* III. 6. § 11, und besonders *l.* 14. 15 *pr. D. de usu et usufr.* 33, 2.

Erben gehören,[38]) denn nur dann konnte der Erbe dem Legatar das Ausüben des vermachten Rechts als solchen gestatten. Auf Erfüllung des Vermächtnisses klagte hier der Bedachte mit der persönlichen Klage.[39]) Wenn so beispielsweise eine körperliche Sache legiert war, ging das Eigentum daran erst über, wenn der Erbe es durch Mancipation, Tradition oder *in iure cessio* übertrug. Nur eine persönliche Klage giebt hier dem Legatar auch *Theophilus* in seiner Institutionenparaphrase.[40]) Doch in der *Epitome Gai* heißt es scheinbar weitergehend:[41]) *In quo legato non quidem heres legatario rem, quae relicta est, iubetur tradere, sed vindicanti legatario non permittitur prohibere.*

Die gesperrt gedruckten Worte haben mit die Veranlassung zu einem folgenschweren Mißverständnis gegeben, wie sich weiterhin[42]) zeigen wird. Aus diesen Worten hat schon *Schulting* geschlossen, daß die Klage des Legatars, wenn es sich um Sachen des Erben oder des Erblassers handle, eine *rei vindicatio* sei.[43]) Ihm hat sich *Marezoll*[44]) angeschlossen, indem er sich außerdem noch auf die Ausdrucksweise des echten *Gaius* beruft, der sage,[45]) daß der Erbe verpflichtet sei, das *sumere* des Legatars zuzulassen, *sumere* aber sei gleich *vindicare*. Nun ist *sumito* wohl mit *vindicato* gleichbedeutend bei der Anordnung eines *legatum per vindicationem*, wie wir oben sahen, aber allgemein läßt sich doch im technischen Sinne des Wortes *sumere* und *vindicare* nicht gleichstellen. Wir werden also, einzig auf den westgotischen *Gaius* gestützt, gegen den echten Gajus und gegen *Theophilus* kaum ankämpfen können und werden besser thun, auf das *vindicare* in der *epitome Gai* kein allzu großes Gewicht zu legen. Vielleicht ist es hier gar nicht im

38) *Gaius*, II. 210—212.
39) *Gaius*, II. 214.
40) *Theophilus ad* § 2 *J. de legatis* II. 20.
41) *Epitome Gai*, II. 5. § 6.
42) Siehe unten Seite 39.
43) *Schulting*, p. 120 *n.* 32, vgl. auch p. 652 *n.* 19.
44) *Marezoll*, a. a. O. S. 108. 112.
45) *Gaius*, II. 214.

technischen Sinne gebraucht und bedeutet nur „in Anspruch nehmen.“[46]) Sonach bewirkt auch dieses Legat niemals unmittelbaren Rechtsübergang. Auch die vermittelnde Meinung *Oisels*,[47]) wonach die Wirkungen des Vindikationslegats hier wenigstens dann eintreten sollten, wenn eine dem Testator gehörige Sache legiert sei, findet keine Stütze in den Quellen.

d. *legatum per praeceptionem.* Diese Legatsart, angeordnet mit den Worten: *Rem praecipito*,[48]) war ursprünglich zur Ausgleichung verschieden großer Erbportionen unter mehreren Miterben bestimmt.

Aber diese Bedeutung hielten zur Zeit des *Gaius* merkwürdigerweise[49]) nur noch die Sabinianer fest, während in der prokulianischen Theorie diese Legatsform einfach als Vindikationslegat behandelt wurde, als wäre das *„prae“* nur bedeutungslos hinzugesetzt. Eine Constitution Kaiser *Hadrians* soll dann diese Auslegung sanktioniert haben.[50])

Nach der sabinianischen Auffassung aber ist es vom Vindikationslegat in Voraussetzung und Wirkung grundverschieden. Präzeptionslegatar kann danach nur ein Miterbe sein, und Gegenstand dieses Vermächtnisses sind nicht nur Sachen, die dem Testator *ex iure Quiritium* gehören, es genügte, daß sie sich *in bonis* desselben befanden,[51]) selbst fiduciarisch verpfändete Sachen können so gültig legiert werden. Die übrigen Erben sind dann verpflichtet das Pfand auszulösen. Das Vermächtnis wird im *iudicium familiae erciscundae* geltend gemacht. Der Honorierte erwarb nicht sofort das Eigentum der Sache, sondern nur einen Anspruch darauf, daß es ihm der Teilungsrichter durch *adiudicatio* zuspreche,

---

46) *v. Arndts* bei *Glück*, 46. Teil, S. 30.

47) Bei *Schulting*, p. 120 n. 32.

48) *Gaius*, II. 216. *Ulpian*, XXIV. 6.

49) „Merkwürdig“ im Hinblick auf die übliche Formulierung des Schulgegensatzes — vgl. z. B. *Sohm*, S. 67.

50) *Gaius*, II. 221. Vgl. auch *Ulpian*, XXIV. 11 und das Reskript *Gordians* im Anschluß an ein *responsum Papinians* in *l.* 12 *C. de legatis* 6, 37.

51) *Gaius*, II. 220. 222. *Theophilus ad* § 2 J. II. 20.

ohne ihm dafür eine Entschädigung an die Miterben aufzuerlegen.[52])

II. Gefährlich war diese scharfe Scheidung der Legatsformen insofern, als das angeordnete Vermächtnis kraftlos war, wenn sich der Erblasser in der Form vergriffen hatte. Diese Gefahr lag namentlich beim Vindikationslegat mit seinen strengen Voraussetzungen sehr nahe. Je mehr der Formensinn im Volke schwand, je mehr das Rechtsleben durch das Aufblühen Roms zur Weltstadt „entnationalisiert" wurde, desto häufiger mußten derartige Verstöße vorkommen. Man sicherte sich dagegen, indem man die anderen Legatsformen mit einem Damnationslegat verband, das ja hinsichtlich der zu vergebenden Vermögensobjekte den weitesten Spielraum bot.[53])

Dieser Gebrauch gab wohl dann der Gesetzgebung Veranlassung, den Bedürfnissen des neurömischen Testators nachzukommen.[54]) Ein auf Vorschlag Kaiser *Neros* beschlossenes Senatskonsult bestimmte, daß ein Vindikationslegat, das kraftlos war, weil die vermachte Sache dem Erblasser nicht quiritarisch gehörte, nicht völliger Ungültigkeit verfallen sollte. Es sollte vielmehr so aufrecht erhalten bleiben, als wenn es *optimo iure* d. h. *per damnationem* legiert worden wäre. Das Referat des *Gaius* über den Inhalt des Senatskonsults[55]) mag nun vielleicht nicht ganz genau sein, jedenfalls ist sicher, daß sich die Praxis nicht in diesen engen Grenzen hielt, sondern jedes *minus aptis verbis* angeordnete und darum kraftlose Legat als Damnationslegat fortgelten ließ.[56])

---

[52]) *Gaius*, II. 219. *l.* 26 *D. fam. erc.* 10, 2. *Cuiacius ad Cod. tit.* 6, 43 (*opp.* IX. 847).

[53]) Derartige „eventuelle Damnationslegate" finden wir noch in einzelnen Fragmenten der Digesten (*l.* 30 § 1 *D. de leg.* III°. *l.* 28 § 2 *D. de liberat. leg.* 34, 3) und im Testamente des *Dasumius*, Zeile 125. (*Bruns, fontes*, S. 274 a. E.) Älter als das *S. C. Neronianum* ist sicher nur das erste Fragment *(Labeo!)*.

[54]) *Mayer*, S. 17.

[55]) *Gaius*, II. 197.

[56]) *Ulpian*, XXIV. 11a. *Gaius*, II. 218. 222. *Fragm. Vat.* 85 *(Ulpian)*.

Es ist erklärlich, daß von nun an der Testator weniger genau die Anordnungsformel des Legates auswählte, aber die Unterschiede der Formeln waren noch nicht aufgehoben; immer noch war es möglich durch ein *do lego* z. B., in Bezug auf dazu geeignete Objekte, unmittelbar dingliches Recht zu übertragen. Aber eine laxere Fassung trat wohl ein, da ja nun der Erblasser nicht mehr völlige Ungültigkeit zu befahren hatte.

Eröffnete nun aber das *Senatusconsultum Neronianum* dem Legatar auch den Weg, ein gültiges Vindikationslegat in allen Fällen als Damnationslegat geltend zu machen, wie man behauptet hat?[57])

Aus dem Senatskonsult scheint das doch nicht zu folgen. Es spricht nur von sonst ungültigen Legaten; war aber die Erfüllung des letzten Willens auch auf anderem Wege sicher, so war es unbillig, in allen Fällen dem Bedachten die Wahl zu lassen zwischen der *vindicatio* und der Klage aus dem Damnationslegat mit ihrer schweren Folge der Litiscrescenz. Aber auch die Praxis hat das Senatuskonsultum nicht so weitherzig interpretiert, sonst bliebe unerklärlich, warum im *testamentum Dasumii,* 40 bis 50 Jahre nach jenem Senatsbeschluß, der Erblasser ausdrücklich noch Vindikationslegat und Damnationslegat kumuliert, und warum noch später zur Zeit des *Q. Cervidius Scaevola*[58]) der Testator ausdrücklich am Schlusse des Testamentes alle Legate als Damnationslegate in einer *clausula generalis* wiederholte.[59]) Gegen unsere Annahme sprechen freilich einige Stellen in Justinians Gesetzbuch, die wir für interpoliert erklären könnten, da im

[57]) So zweifelnd *(„forte") Schulting,* p. 120 n. 32a E., p. 652 n. 22. *v. Arndts* bei *Glück,* 46. Teil, S. 38. Mit Bestimmtheit giebt aus dem Vindikationslegat vor Justinian dingliche und persönliche Klagen *Cuiacius, Recitt. soll. ad libr.* XXXIII. *Dig. Salv. Juliani ad l.* 84 § *ult. D.* XXX (*opp.* VI. 229), *ad Cod. tit.* VI. 43 (*opp.* IX. 847), *notae* in *Cod.* VI. 43 (*opp.* X. 684/5).

[58]) Er schrieb seine Digesten unter *Mark Aurel.* Vgl. *Fitting,* Alter der Schriften römischer Juristen, S. 26.

[59]) *l.* 28 § 2 *D. de liber. leg.* 34, 3.

justinianischen Recht eine derartige Konkurrenz von dinglicher und persönlicher Klage bestand.

Wir werden aber sehen, daß es sich mit unserer Ansicht sehr wohl verträgt, wenn sie schon vor Justinian die jetzige Fassung gehabt haben.[60]) Die Stellen, auf die die Gegner sich berufen, sind

1. *l.* 84 § 13 *D. de leg I*°: und *l.* 108 § 2 *eod.* In beiden Stellen heißt es, daß dem Legatar bezw. seinen Erben die Wahl gelassen sei zwischen dinglicher und persönlicher Klage. Der Grund hierfür ist im letzteren Falle sofort klar. Es handelt sich in l. 108 § 2 *cit.* um ein s. g. „indirektes Wahlvermächtnis."[61]) Dem Bedachten ist hier ein Sklave des Erblassers ohne nähere Angabe *per vindicationem* legiert. Er kann nun entweder sein Recht dadurch ausüben, daß er einen Erbschaftssklaven selbst wählt und vindiziert, wenn nur der Gewählte zur Zeit der Testamentserrichtung und des Todes dem Testator quiritarisch gehört hatte; oder er will einen Sklaven wählen, bei dem diese Voraussetzungen nicht zutreffen, dann kann er sein Recht nicht mehr aus dem Vindikationslegat geltend machen. Das Legat wird vielmehr gemäß dem *Senatusconsultum Neronianum* in ein Damnationslegat konvertiert, und er hat die *actio ex testamento.* Vielleicht kann auch noch dadurch eine persönliche Klage für ihn entstehen, daß er gar nicht selbst wählt, sondern dem Belasteten die Wahl überläßt.

Um dieselbe Frage kann es sich auch nur in der erstgenannten Stelle l. 84 § 13 *D. eod.* handeln. Warum wird denn sonst verlangt, daß sich beide Klagberechtigte hier über die anzustellende Klage einigen! Im allgemeinen ist es doch möglich ohne Benachteiligung des Erben, daß der eine Berechtigte seinen ideellen Teil vindiziert, während der andere auf seinen Teil mit persönlicher Klage den Schätzwert eintreibt.[62]) Eine derartige Lösung ist aber nur möglich, wenn

[60]) Vgl. dazu *Salkowski,* S. 13 ff.

[61]) So nennt sie *Dernburg,* III. § 110, 1 b.

[62]) Vgl. z. B. die unmittelbar folgende *l.* 85 *D. de leg.* I°. *Duarenus, com. ad tit. de leg.* XXX. *ad l.* 33 (*opp. col.* 525) will die auffallende Verschiedenheit dieser *l.* 84 u. d. *l. cit.* damit erklären, daß es oben zwei

vorher das Objekt des Legats bereits bestimmt ist, und nicht, wie wir für unsere Stelle annehmen, im Falle des Wahlvermächtnisses vor getroffener Wahl. Daß es sich aber in dieser Stelle um einen derartigen Fall handelt, beweist der Schluß der Stelle.

In diesem „angeklebten" Satze sieht *Salkowski* wohl mit Recht einen „Tribonianismus", der den Zweck hat, auf *Justinians* neue Bestimmung über das Wahlvermächtnis hinzuweisen.[63])

2. Ebensowenig spricht gegen unsere Ansicht die dagegen angeführte l. 3 *C. de leg.* 6, 37.

Hier ist zunächst mit *Salkowski*[64]) gegen *Krüger* das *etiam* nicht zu *si electa est* zu ziehen, sondern mit *placuit* zu verbinden. Sonst ginge ja aus der Stelle hervor, daß der detinierende Erbe, mit dinglicher Klage belangt, um so mehr für die Befreiung der vermachten Sache vom Pfandnexus Sorge tragen müsse, was nicht angenommen werden kann.[65])

Demnach sagt dann unsere Stelle nur: Aus einer Verpfändung der vermachten Sache durch den Erblasser kann noch nicht auf eine Willensänderung geschlossen werden.[66]) Daher sei der Beschwerte auch zur Pfandbefreiung verpflichtet, „wenn die persönliche Klage gegen ihn gewählt worden ist", d. h. wenn sie sonst gegen ihn zuständig war. Die Anfrage mag den Kaiser über die Gattung des zu Grunde liegenden Legats im Unklaren gelassen haben, daraus erklärt sich seine bedingte Entscheidung.[67])

3. Unerklärt bleiben dann freilich noch die l. l. 33. 85 *D. de leg. I*° und l. 66 § 5 *D. h. t. II*°. Aber auch sie ergeben

Erben des Legatars, hier zwei *Collegatare* seien. Jene müßten sich über die Art der anzustellenden Klage einigen, *„nam habentur pro uno, quia repraesentant personam unius"*. Es bedarf aber, wie wir sehen, dieser gezwungenen und mit dem römischen Grundsatz: *nomina ipso iure divisa* schwer verträglichen Unterscheidung gar nicht.

63) *l.* 3 *pr.* § 1. *C. communia de legatis* 6, 43.

64) a. a. O. S. 21.

65) Schon *arg. e. contr. Paulus*, III. 6, § 8.

66) Vgl. *Paulus*, III. 6, § 16.

67) Vgl. *Salkowski*, a. a. O. S. 23.

nicht zwingend, daß aus jedem Vindikationslegat schon eine persönliche Klage entsprang. Sie können vielmehr auf Fälle sich bezogen haben, in denen der Testator Vindikationslegat und Damnationslegat verbunden hatte, was ja, wie wir schon sahen, häufig geschah. Dabei war es natürlich gemäß der s. g. kodizillarischen Fiktion[68]) gleichgültig, ob beide Formen in derselben Urkunde nebeneinander standen oder, wie in l. 66 § 5 *D. de leg. II*[0] anscheinend geschah, die Sache im Testament *per damnationem*, im Kodizill *per vindicationem* legiert war. Daß dann in späterer Zeit, jedoch noch vor *Justinian*, schon in allen Fällen zwischen dem Erben und dem Legatar ein obligatorisches Verhältnis anerkannt wurde, dem eine persönliche Klage selbst für den Fall des Vindikationslegates entsprang, möchten wir nicht mit *Salkowski*[69]) annehmen.

Gegen *Salkowski* spricht namentlich die l. 1 *pr. C. com. de leg.* 6, 43. Danach haben nach *Justinians* Angabe die Vermächtnisnehmer bisher nur „meist" eine persönliche Klage. Der Kaiser hat als Fälle, in denen es keine persönliche Klage giebt, das alte Vindikationslegat im Auge, wie die Fortsetzung jener Stelle beweist.[70])

2. Die Rechtsmittel des Fideikommissars.

§ 3.

I. Das Bedürfnis nach freieren Formen für letztwillige Verfügungen — namentlich an Peregrinen, die man in den Formen des *ius civile* nicht bedenken konnte[1]) — hatte schon

[68]) *l.* 2 § 2 *D. de iure cod.* 29, 7.

[69]) a. a. O. S. 43 ff.

[70]) Anders erklärt freilich die *Glosse ad l.* 1 *C.* 6, 43 das *plerumque: „quandoque enim non habent puta quia deficit testamentum sollemnitate, vel quia non est capax, vel quia legatarius possidet rem sibi legatam"*. Aber an diese Fälle hat der Kaiser wohl kaum gedacht. Auch *Theophilus* beschränkt die persönliche Klage mit recht deutlichem Ausschluß des Vindikationslegats auf das Damnationslegat. Deshalb betont er, daß die legierte Sache eine fremde ist. *Theophilus ad* § 5 *J. de obl. quasi ex contr.* III. 28 (27).

[1]) *Gaius*, II. 285. *Theophilus ad J. tit.* 2, 23, § 1.

vor dem *Senatusconsultum Neronianum*[2]) eine neue Art der Vermächtnisse hervorgebracht, die Fideikommisse.

Man hat ihr Verhältnis zu den Legaten dem Verhältnis zwischen *hereditas* und *bonorum possessio* verglichen,[3]) aber hier war es doch nicht das *ius honorarium,* dem sie ihre Entstehung verdankten, ihre Wurzel ist vielmehr im Gewohnheitsrecht, vielleicht im *ius gentium* zu suchen.

In seiner ältesten Form war das Fideikommiß, wie schon sein Name beweist, eine Spielart des *mandatum*,[4]) ein Geschäft, das zwar erst mit dem Tode des Mandanten wirksam werden sollte, aber doch sich in den Formen eines Geschäftes unter Lebenden zwischen dem Erblasser und irgend einem Dritten abspielte, der nicht notwendig der Erbe sein mußte. Mit der Testamentserrichtung hatte diese Art ursprünglich nichts zu schaffen.[5])

Späterhin fügte man wohl jene Bitte in das Testament ein, sei es um den Belasteten daran zu erinnern, sei es auch um nach außen hin eine Beurkundung jenes Vorganges zu schaffen.[6])

Aber es blieb damit nur eine Bitte. Eine Klage konnte nach dem Tode des Erblassers nicht entstehen. Der Universalsuccessor des Mandanten, wenn er nicht selbst der Belastete war, konnte nicht auf Erfüllung klagen, weil, selbst wenn man für diesen Fall das Mandatsverhältnis nicht mit dem Tode erlöschen ließ,[7]) ihm doch das Interesse an der Erfüllung fehlte, ohne das es keine Klage gab.[8])

Der fideikommissarisch Bedachte aber erhielt selbstverständlich nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen aus

2) *Cicero, de finibus bonorum et malorum*, II. 18.

3) *Wlassak,* Kritische Studien, S. 164. *Mayer*, S. 1.

4) *Pernice,* I. S. 413.

5) *Theophilus ad J.* 2, 23, § 1: „ἐκτὸς τῆς διαθήκης" — „*extra testamentum*".

6) *l.* 40 *pr. D. de iure fisci* 49, 14.

7) Das kam ja in vereinzelten Fällen vor, wenn auch vielleicht erst als Folge einer späteren Entwickelung, vgl. *l.* 12 § 17, *l.* 13 *D. mandati* 17, 1.

8) *arg. l.* 32 *D. locati* 19, 2.

jenem Mandat keine Klage. Ein derartiges allgemeines Klagerecht für einen beim Geschäftsabschluß nicht beteiligten, wenn auch an der Erfüllung interessierten Dritten gab es im römischen Rechte nicht. Demgemäß entstand hier kein *vinculum iuris,*[9]) nur sittliche Scheu bewirkte die Erfüllung des letzten Willens in dieser Form.

Hier erst setzte dann das Recht der Kaiserzeit ein. *Augustus* ließ zunächst in einigen besonders krassen Fällen durch die Konsuln die Erfüllung des Fideikommisses erzwingen. Das fand allgemeinen Beifall, und so wurde bald die allgemeine Klagbarkeit der Fideikommisse Rechtens.

Sie wurden aber nicht im ordentlichen Formularverfahren, sondern *extraordinaria cognitione*[10]) beim Magistrat verfolgt.[11])

II. Aus der Entstehungsgeschichte erklärt sich nun sehr einfach die Abweichung dieses Rechtsinstituts vom Legat in den einzelnen Voraussetzungen und Wirkungen. Daraus erklärt sich die Abweichung in der Form,[12]) erklärt sich aber auch ferner die Rechtswirkung für den Bedachten. Er bekam in allen Fällen, wenn es sich nur um Leistungen handelte, die Gegenstand einer *obligatio* sein konnten, eine persönliche Klage, die *persecutio fideicommissi.*[13]) Ihr fehlte der strikte Charakter der Klage aus dem Damnationslegat, es fehlte ihr aber auch, was bei jener Klage den Schuldner von der Weigerung der Erfüllung abschreckte, die Litiscrescenz.

---

[9]) § 1 *J. de fideic. hered.* 2, 23, *pr. J. de cod.* 2, 25. *Cicero,* a. a. O.: *„Quam multa iniuste fieri possint, quae nemo possit reprehendere. Si te amicus tuus moriens rogaverit, ut hereditatem reddas suae filiae, nec usquam id scripserit, ut scripsit Fadius, nec cuiquam dixerit, quid facies? Tu quidem reddes, ipse Epicurus fortasse redderet, ut Sex. Peducaeus, cum sciret nemo eum rogatum a C. Plotio, equite Romano splendido, ultro ad mulierem venit eique nihil opinanti viri mandatum exposuit hereditatemque reddidit".*

[10]) *Cuiacius ad Cod.* tit. VI. 43 *(opp.* IX. 847). Ferner bei *Schulting* a. a. O. p. 389 *n.* 42.

[11]) Darüber vgl. *l.* 2 § 32 *D. de origine iur.* 1, 2. *Gaius,* II. 278. *Ulpian,* XXV. 12.

[12]) *Ulpian,* XXV. 1. 3. 4. 8. *l.* 11 *pr. D. de leg.* III°.

[13]) *l.* 178 § 2 *D. de verb. sig.* 50, 16.

III. So schien die Rechtslage des Fideikommissars doch immerhin gegenüber dem Legatar eine wenig gesicherte, bis hier die Jurisdiktionsmagistrate auf einem weiten Umwege dem Vermächtnisnehmer durch ein eigentümliches Rechtsgebilde größere Sicherheit zu verschaffen wußten.

Das Erkenntnis des Magistrats, die *pronuntiatio,* lautete nämlich nicht wie die *condemnatio* im ordentlichen Verfahren der klassischen Zeit auf Geld, sondern der Beklagte wurde verurteilt, die ihm obliegende Leistung selbst vorzunehmen, also z. B., wenn es sich um das Fideikommiß einer Nachlaßsache handelte, diese Sache selbst herauszugeben.[14]) Diesem Befehl wußte der Prätor dann durch ein echt prätorisches Exekutionsmittel Gehorsam zu verschaffen, er gab dem Bedachten *causa cognita* eine *missio in rem*, eine Einweisung in die vermachte Sache selbst. Diese *missio* sollte aber nicht, wie sonst gewöhnlich die prätorischen Besitzeinweisungen, den Schuldner zu irgend einer Leistung indirekt zwingen, wir haben es hier vielmehr mit Realexekution zu thun; der nach dem Erkenntnis des Magistrats rechtmäßige Zustand wird auch faktisch hergestellt. Wenn wir die Rechtsstellung des Eingewiesenen würdigen wollen, so werden wir sie nach Analogie des *missus ex secundo decreto* wegen Verweigerung der *cautio damni infecti* bestimmen können; denn nur mit dieser *missio* hat unsere *missio in rem* zahlreiche Berührungspunkte; auch sie geschieht in die einzelne Sache und nicht in einen Güterkomplex und ist nicht Sicherung, sondern Vollstreckung. Der *missus ex secundo decreto* wird zwar in vielen Stellen bereits als Eigentümer behandelt,[15]) aber dieses Eigentum ist nur „prätorisches". Quiritarisches Recht kann ihm der Prätor durch die *missio* nicht verschaffen, das muß er durch Ersitzung erwerben,[16]) und daraus erklärt sich

14) Vgl. *l.* 35 § 1 *D. de auro argento* 34, 2.

15) *l.* 15 §§ 17 u. 33 *D. de damno inf.* 39, 2. *l.* 7 § 1 *D. de usufructu* 7, 1. *l.* 7 § 9 *D. com. div.* 10, 3. *l.* 1 *pr. D. de fundo dot.* 23, 5.

16) *v. Savigny,* System, 4. Bd., Beilage IX, S. 566.

warum in vielen Stellen[17]) noch außerdem von einer Ersitzung durch den *missus* gesprochen wird. Demnach können wir ähnlich auch dem *ex fideicommisso missus in rem* prätorisch geschütztes Eigentum zusprechen und ihm die Möglichkeit geben, durch Ersitzung auch das quiritarische Recht zu erwerben.[18])

Über die näheren Umstände bei dieser *missio in rem* sind wir authentisch recht wenig unterrichtet. *Justinian*, der für sie nur stark mißbilligende Worte hat,[19]) hat sie später aufgehoben und in seinem Gesetzbuch ihre Spuren fast gänzlich getilgt. Nur aus wenigen Andeutungen können wir hypothetisch ihr Wesen ergründen.[20])

Danach will es scheinen, als sei durch die *missio in rem* der Klage aus dem Fideikommiß mehr und mehr ein dinglicher Charakter gegeben worden. Man erteilte diese Einweisung unter Umständen selbst dann noch in die vermachte Sache selbst, wenn diese sich in der Hand eines Dritten befand, indem man die Veräußerung oder Verpfändung als nicht geschehen betrachtete.[21]) Davon spricht am deutlichsten Paulus. Er lehrt, daß dem Fideikommissar die Einweisung in die Sache selbst erteilt werde, wenn sie auch vom Fiduciar bereits veräußert sei, vorausgesetzt daß der Fiduciar und der Erwerber die Fideikommißeigenschaft der Sache gekannt hatten.[22]) In diesem Falle wird also mit der *perse-*

[17]) *l.* 5 *pr.* *l.* 12. *l.* 15 §§ 16—26, 27. *l.* 44 § 1. *l.* 18 § 15 *D. de damno inf.* 39, 2. *l.* 3 § 23 *D. de acq. vel am. poss.* 41, 2. Vgl. hierzu *Burckhard* bei *Glück*, Serie der Bücher 39 u. 40, 2. Teil, S. 556 ff. *Salkowski*, a. a. O. S. 633.

[18]) *Chifletius, de iure fideicommissorum (Otto, thesaurus,* V. *col.* 780[1]): „*In rem mittere nihil aliud est quam dominum ex causa fideicommissi facere*".

[19]) *l.* 1 *pr.* *l.* 3 § 2 *C. com. de leg.* 6, 43. *Nov.* 39 *praefatio.*

[20]) Nach *Salkowski* hat sie in ihrem eigentümlichen Wesen *Cuiacius* zuerst erkannt, vgl. *com. ad Afric. tract.* VI. *ad l.* 109 *D.* XXX *(opp.* I. 1379), *ad Cod. tit.* VI. 43 *(opp.* IX. 847), *Expositio Nov.* XXXIX. *(opp.* II. 1090). Vgl. ferner zum Folgenden: *Marezoll*, a. a. O. S. 125—134. *E. A. Seuffert*, Das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Singular- und Universalvermächtnissen, S. 17—38. *Salkowski*, a. a. O. S. 618—658.

[21]) *l.* 109 § 1 *D. de leg.* I°. *l.* 89 § 7 *D. de leg.* II°. *Cuiacius* zur letzten Stelle *(opp.* VII. 1295). *v. Ihering*, Passive Wirkungen der Rechte, in seinen Jahrbüchern, Band X, S. 515.

[22]) *Paulus*, IV. 1, § 15, vgl. dazu *Schulting*, a. a. O. p. 389 *n.* 42 *(Cuiac.)*.

cutio fideicommissi derselbe Erfolg erreicht, wie mit einer dinglichen Klage, aber der obligatorische Charakter des Rechtsmittels läßt sich an der Vorbedingung beiderseitiger *mala fides* erkennen.[23]) Deshalb setzt auch Paulus bald[24]) hinzu: *„Jus omne fideicommissi non in vindicatione, sed in petitione consistit."*

Man scheint aber schon in der Zeit vor Paulus an diesem Erfordernis beiderseitiger *mala fides* nicht festgehalten zu haben.[25])

Eine Entscheidung *Scävolas*[26]) läßt eine Inanspruchnahme des durch Fideikommiß hinterlassenen Gutes in der Hand des dritten Erwerbers nur deshalb nicht stattfinden, weil Fiduciar und Erwerber in gutem Glauben gewesen waren. Er legt auf dieses Erfordernis anscheinend großes Gewicht; denn er führt mehrere Thatbestandsmerkmale an, aus denen ganz deutlich hervorgeht, daß von einer *mala fides* des Erwerbers und einer Pietätlosigkeit der Fiduciarin gar nicht die Rede sein konnte. Daß aber *Scävola* auch dann in jenem Falle die *missio in rem* nicht für angezeigt gehalten hätte, wenn nur einer der beiden Kontrahenten bösgläubig gewesen wäre, geht aus dieser Stelle nicht hervor. Wohl aber lehrt uns eine andere Scävolastelle, die *l.* 38 pr. *D. de leg. III°*,[27]) daß er schon bei nur einseitiger *mala fides* die Einweisung für zulässig hielt.

Für uns ist hier zunächst der zweite in jenem Fragment behandelte Fall zu erörtern.

Obwohl hier der Erwerber die Fideikommißeigenschaft nicht kannte,[28]) würde *Scävola* es für möglich halten, ihm

23) *v. Ihering* a. a. O. S. 515.

24) *Paulus*, IV. 1, § 18.

25) A. M. *v. Ihering* a. a. O.

26) *l.* 89 § 7 *D. de leg.* II°.

27) Auf die Bedeutung dieser Stelle für die *in rem missio* macht schon *Cuiacius* aufmerksam *(opp.* I. 1379). *„Educi quidam potest (sc. ex hac lege) sed non tam facili negotio".*

28) *Cuiacius ad l.* 89 *ult. D.* XXXI. *(opp.* VII. 1295) will freilich durch Einschalten eines *non (fideicommissum non ignoraverunt)* den Sinn gewaltsam ändern.

die Sache zu entwinden, wenn hier die Veräußerung nicht zu Gunsten der Erbschaftsgläubiger geschehen wäre, die ja immer den Vermächtnisnehmern vorgehen.[29])

Ähnlich entscheidet sein Schüler *Papinian* einen Fall,[30]) wonach der Fideikommissar die Sache selbst in die dritte Hand verfolgen könne, ohne daß uns im Thatbestand mitgeteilt wird, daß der Erwerber *mala fide* gewesen sei. Hier war aber sicherlich der Veräußerer in Kenntnis der Fideikommißqualität. Das ist ja das Natürliche und muß daher für jene Stelle um so mehr unterstellt werden, als sie von *Papinian* herrührt, dessen Art es nicht ist, Selbstverständliches breit auseinanderzusetzen. Daß aber die hier angestrengte *petitio fideicommissi* schließlich den Kläger in den Besitz des vermachten Hauses führt, geht daraus hervor, daß er sich seinen Nachvermächtnisnehmern verpflichten kann, ihnen das vermachte Haus wieder herauszugeben.

Daß *Papinian* auf die *mala fides* des Fiduciars oder des Erwerbers Gewicht legt, folgt aber *arg. e contr.* noch aus *l.* 78 § 4 *D. de leg. II*[31]). Hier hat nicht der Fiduciar veräußert, sondern ein Pfandgläubiger des Erblassers; der Erwerber aber hatte Kenntnis vom Fideikommiß. Der Jurist hebt das ausdrücklich hervor, um darauf hinzuweisen, daß eigentlich genügend Grund für eine *missio in rem* auch gegen den Dritten vorhanden sei. Er schließt sie aber aus demselben Grunde wie oben *Scävola*[32]) aus, weil hier von dem Erlös der Sache eine Schuld des Erblassers getilgt ist.

Ja, bei Insolvenz des Fiduciars[33]) sah man sogar von dem Erfordernis irgend welcher Bösgläubigkeit auf beiden

---

[29]) *Cuiacius* a. a. O. *(opp.* VII. 1295): *„Causa aeris alieni contracti a testatore semper potior fideicommisso."*

[30]) *l.* 69 § 3 *D. de leg.* II°.

[31]) Auch in dieser Stelle findet schon *Cuiacius* eine Spur der *missio in rem (opp.* I. 1379).

[32]) *l.* 38 *pr. D. leg.* III°.

[33]) In den übrigen Stellen war von Insolvenz des Fiduciars keine Rede. Daher kann nicht mit *Cuiacius ad C. tit.* VI. 43 *(opp.* IX. 847) und *expos. Nov.* 39 *(opp.* II. 1090) angenommen werden, daß Zahlungseinstellung die notwendige Voraussetzung der *missio in rem* war, wie auch *Marezoll* will, a. a. O. S. 134. Auch *Nov.* 39 beweist nichts gegen

Seiten völlig ab. So entscheidet *Papinian* z. B., der doch sonst immer die Rücksicht auf die *mala fides* des einen der Vertragsteile hervorhebt, in *l.* 69 § 1 *D. de leg. II°*. In dem von ihm berichteten Falle war der Fiduciar insolvent geworden, nicht er, sondern seine Gläubiger hatten zwangsweise das Objekt des Fideikommisses versteigern lassen. Auch daß der neue Erwerber *mala fide* war, wird uns nicht berichtet, und doch scheint hier die Veräußerung vom *dies fideicommissi veniens*[34]) an für unwirksam erklärt worden zu sein. *Papinian* aber stand mit dieser Ansicht nicht allein. Das beweist die Entscheidung *Afrikans* in *l.* 109 § 1 *D. de leg. I°*. Auch hier[35]) war die Veräußerung des Fiduciars keineswegs pietätlos, er durfte sich damals noch, wenn er wollte, durch Leistung von 100000 Sesterzen von der Hingabe des Grundstücks befreien. Jetzt aber ist er selbst zahlungsunfähig geworden; sonst würde für den Prätor eine Verfolgung des *fundus* gar nicht in Frage kommen, der Fideikommissar müßte sich mit der Leistung der Geldsumme begnügen. So aber giebt der Prätor selbst gegen den gutgläubigen Dritten die Einweisung in das Grundstück, und nur durch Zahlung der festgesetzten Abfindungssumme kann auch der Erwerber noch sich das Grundstück erhalten.

So hat die magistratische Rechtsprechung es schließlich dahin gebracht, daß das aus ganz anderen Wurzeln hervorgegangene Fideikommiß in seiner Wirkung sich dem

---

unsere Ansicht. Wenn es dort heißt: *introducebantur fideicommissi persecutiones et ex inopia* (ἐξ ἀπορίας) *in rem missiones,* so hätte sicherlich Niemand die gesperrten Worte anders übersetzt als „infolge des Bedürfnisses", wenn nicht *Fabrotus* in den Scholien zu den Basiliken IV. p. 503 durch die Übersetzung *„si heres solvendo non esset"* in die Stelle etwas hineingetragen hätte, was der unbeeinflußte Blick darin nicht findet.

34) Der *dies veniens* tritt hier, wo nicht der Fiduciar selbst die Veräußerung des Familienfideikommißobjektes vorgenommen hatte, abweichend von der sonstigen Regel — *l.* 69 § 3 *D. de leg. II°*. — nicht sofort, sondern erst mit dem Tode des betreffenden Fiduciars ein.

35) Vgl. dazu *Cuiac. (opp.* I. 1379): *„Fideicommissi persecutio fideicommissario non est in heredem tantum, sed etiam in emptorem et quemlibet possessorem fundi, quod nullus locus est in jure, qui manifestius probet quam hic."*

Vindikationslegat stark näherte. In der That sprechen die Quellen[36]) direkt von einem *vindicare ex causa fideicommissi* und stellen der Verschaffung der Sache durch *missio in rem* die *actio in personam* gegenüber.[37]) Keineswegs aber nehmen sie wohl an, daß aus dem Fideikommiß mehrere Klagen, eine dingliche und eine persönliche hervorgehen, wie *Bekker* („Aktionen" II. S. 203) annimmt. Er beruft sich hierfür auf *„actio quaedam"* in *l.* 41 § 8 *D. de leg. III°*. Aber diese Worte bedeuten m. E. nicht die Frage: „dingliche oder persönliche Klage?" sondern wohl nur, ob dem Fragesteller überhaupt eine Klage aus dem Fideikommiß zustehe, und wenn — welchen Inhalt diese Klage habe.

Nach alledem erscheint wohl erklärlich, wie der Kaiser *Justinian* später von *scrupulosae ambages* und *insolubiles circuli* bei der *in rem missio* sprechen konnte. In der That scheint es demjenigen, der nicht würdigt, daß es sich hier um ein allmählich ohne plötzliche Umgestaltungen in der Gerichtspraxis ausgebildetes Institut handelt, vielleicht als überflüssige Weitläufigkeit, daß man hier nicht durchgreifend dem Bedachten dingliches Recht gegen jeden Dritten einräumte, sondern ihn erst immer an den Fiduciar wies, um ihm von dort aus unter Umständen ein Recht gegen den Erwerber zu gewähren.

Vielleicht giebt das schon dem Kaiser das Recht, die ganze Entwickelung des Instituts einen *tenebrosissimus error* zu nennen. Möglich ist aber auch, daß die Magistrate die Grenzen der *missio in rem* späterhin noch weiter ausgedehnt haben. Während z. B. anscheinend in allen oben behandelten

---

[36]) *l.* 30 § 1 *D. de adim. vel. transf.* 34, 4.

[37]) *l.* 89 § 4 *D. de leg.* II°. Doch soll auf diese Stelle nicht zu viel Wert gelegt werden. Sie ist wohl nur stark verändert aus *Scävolas* Responsen in die Kompilation übernommen worden. Vgl. *Gradenwitz* in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung VII. S. 69. *Lenel, palingenesia* II., p. 307 n. 2. A. M. freilich *Salkowski* a. a. O. S. 625 ff. Aber wir können nicht mit ihm annehmen, daß *Scävola* von einem *per praeceptionem legare* sprechen würde, wenn er die Anordnung eines Fideikommisses meint. Von einer derartigen Lässigkeit in der *observantia verborum* darf zu seiner Zeit noch kein Erblasser gewesen sein. Darüber sah erst 150 Jahre später die *l.* 21 *C.* 6, 37 hinweg.

Stellen, wie es in einigen besonders gesagt wird, nur von Nachlaßsachen die Rede ist, ist wohl möglich, daß man von diesem Erfordernis später absah.

In den Quellen finden wir darüber natürlich nichts; denn nur das wenige haben die Kompilatoren vom alten Rechte stehen lassen, was auch vom Standpunkt des justinianischen Rechts als brauchbare Entscheidung erscheint.

Aber selbst in dem von uns als sicher festgestellten Umfange war das Fideikommiß durch diese halbdingliche Wirkung ohne die vielen formellen Voraussetzungen des Vindikationslegates eine diesem in manchen Stücken weit überlegene Vermächtnisform geworden. Daraus erklärt sich, daß man, wie einst Vindikations- und Damnationslegat, jetzt das Damnationslegat mit dem Fideikommiß in einer Anordnung verband,[38]) vielleicht gerade wegen des Schutzes durch die hier mögliche *missio in rem*.

3. Die Reform Justinians im allgemeinen.[1])

§ 4.

Die Verschmelzung von Legat und Fideikommiß scheint ihre Veranlassung darin zu haben, daß man in der Form der Errichtung immer weniger scharf unterschied. Auch für die Fideikommisse hatten sich gewisse Wortformeln herausgebildet,[2]) an denen man wohl geraume Zeit festhielt. Aber auch hier schwand allmählich das feinere Verständnis für die Unterscheidung der Formen, und so erklärt sich eine Verordnung der Söhne *Constantin des Großen*, wonach[3]) ohne die strenge Einhaltung der Wortformeln jedes Vermächtnis diejenige Wirksamkeit haben sollte, die der Erblasser anzuordnen beabsichtigte.

Dadurch war der Unterschied der einzelnen Vermächtnisarten keineswegs gänzlich beseitigt,[4]) noch zur Zeit *Justinians*

38) *l.* 195 *D. de leg.* III°.

1) Vgl. *Marezoll* a. a. O., S. 247 ff. *v. Arndts* bei *Glück*, 46. Teil, S. 51 ff.

2) *Gaius*, II. 249. *Ulpian*, XXV. 2. *Paulus*, IV. 1, §§ 5. 6.

3) *l.* 21 *C. de leg.* 6, 37 (*a.* 339).

4) Nur die *sollemnitas verborum* war aufgehoben. § 2 *J. de leg.* 2, 20.

unterschied man z. B. zwischen dem Vindikationslegat mit unmittelbarer dinglicher Wirkung und dem Fideikommiß mit der charakteristischen *missio in rem,* und keineswegs hat schon *Ulpian* in dieser Allgemeinheit geschrieben, was ihm die Kompilatoren in den Mund legen: *Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis.*[5])

Aber mit der freieren Behandlung der Anordnungsformel mußte sich ergeben, daß es im einzelnen Falle schwierig wurde zu unterscheiden, ob ein Vermächtnis nach dem Willen des Erblassers Legat oder Fideikommiß sein sollte.[6])

Das bildet wohl die Brücke zur justinianischen Reform. Den ersten Schritt that der Kaiser damit, daß er die Rechtsverfolgung aller Vermächtnisse mit denselben Mitteln gestattete, soweit es sich um Vergabung nur einzelner Stücke des Nachlasses handelte.[7]) Wohl hatte darin bisher die Hauptverschiedenheit der beiden Vermächtnisarten sich geäußert, aber eine Einheitlichkeit beider Institute war dadurch noch nicht herbeigeführt. Erst zwei Jahre später vollzog dann der Kaiser tiefergehend eine wirkliche Verschmelzung, indem er nicht bloß die äußere Form der Geltendmachung und Durchsetzung gleichmäßig gestaltete,

---

Theophilus ad h. l. Etwas unklar drückt sich die *Glosse ad l.* 21 *C.* 6, 37 aus. Will es im *„casus“* scheinen, als halte der Verfasser den Unterschied für völlig aufgehoben, so wird das doch in der folgenden Anmerkung wieder zurückgewiesen. Die richtige Meinung auch bei *Chifletius* a. a. O., Kap. VI. (*Otto thes.* V. 795).

[5]) *l.* 1 *pr. C. com. d. leg.* 6, 43. *v. Arndts* bei *Glück*, 48. Teil, S. 330. Vgl. *Duarenus*, *disput. anniversariae* II., Kap. 9 *(opp. col.* 1063). *Donellus*, *com.* VIII. 2, § 13. *Cuiacius*, *observat.* VIII., *cap.* IV. (Er bezieht den Ausspruch auf die *lex Falcidia.*) *Chifletius* a. a. O. *(col.* 795/96). *Lenel* meint, der Ausspruch *Ulpians* hätte sich ursprünglich nur auf das *interdictum quod legatorum* bezogen, *edictum perp.* S. 362, Anm. 6, *palingenesia*, II. *col.* 801 *no.* 1467, Abs. 2.

[6]) *Chifletius* a. a. O.: *„Sed haec constitutio (sc. l.* 21 *C.* 6, 37) *lites pepererit potius quam extinxit — trahentibus huc illuc partibus defunctorum verba et ad legatum aut fideicommissum referentibus. Necdum erant eruti termini finesque, qui ea distinguebant“.*

[7]) *l.* 1 *C. com. de leg.* 6, 43. *(a.* 529). Daß sie sich nicht auf das Universalfideicommiß bezieht, das eine eigene historische Entwickelung genommen hat, wird später gezeigt werden.

sondern auch in den das Ganze beherrschenden Grundsätzen eine Einhelligkeit herzustellen trachtete.[8]) Danach soll nun jeder Grundsatz des einen Instituts auch auf das andere Anwendung finden.[9]) Wo sich aber direkte Widersprüche ergeben, da soll der Grundsatz des Fideikommisses als des freier behandelten (*humanior*) Rechtsgebildes die Oberhand behalten.[10])

Wollen wir also nun die Rechtsmittel des justinianischen Rechts im einzelnen betrachten, so bedarf es, wie wir sehen, zunächst einer Trennung der Einzelvermächtnisse von denjenigen Verfügungen, die dem belasteten Erben die Weitergabe der ganzen an ihn gelangten Nachlaßquote auferlegen.

Wenn wir dann die einzelnen Rechtsmittel näher würdigen wollen, so werden wir besser thun, ihrer Wurzel nachzugehen und uns das subjektive Recht zu vergegenwärtigen, aus dem sie entspringen. Es entspricht dem Prinzip des speziellen und nicht generellen Rechtsschutzes, daß uns der Kaiser nicht die Rechtswirkung der Vermächtnisse in Bezug auf die dadurch entstehenden Rechtsverhältnisse aufzeigt, sondern uns die einzelnen daraus entspringenden *actiones etc.* aufzählt.

Für die heutige Betrachtung[11]) aber wollen wir das umgekehrte Verfahren einschlagen und die Rechtsmittel des Vermächtnisnehmers danach sondern, ob sie bereits Geltendmachung des unmittelbar zugewandten Vermögensrechts, oder ob sie nur dazu bestimmt sind, den belasteten Erben zu der Herstellung des schließlich vom Erblasser erstrebten ökonomischen Effekts zu zwingen und die Durchsetzung dieser letzteren Klage zu sichern.

8) *l.* 2 *C. h. t.* 6, 43.

9) *l.* 2 § 1 *C. cit.*

10) *l.* 2 § 2 *cit.*

11) Denn jetzt gilt allgemein der Satz des *A. L.-R.*, Einleitung § 89: „Wem die Gesetze ein Recht geben, dem bewilligen sie auch die Mittel, ohne welche dasselbe nicht ausgeübt werden kann.“ Vgl. *Fischer*, Recht und Rechtsschutz in *Bekker* und *Fischer*, Beiträge zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, 6. Heft, S. 66/7.

II. Die Ansprüche des Vermächtnisnehmers im justinianischen und heutigen gemeinen Recht.

1. Einzelvermächtnisse.

A. a. Der unmittelbare Rechtsübergang von Vermögensstücken und die daraus entspringenden Ansprüche.

§ 5.

I. Von einem unmittelbaren Übergang bereits bestehender Vermögensrechte kann nach der Natur der Sache nur dann die Rede sein, wenn das zuzuwendende Vermögensrecht zum Vermögen des Erblassers gehört, da gemeinhin Niemand mehr Recht übertragen kann, als er selbst hat. Dabei ist es gleichgültig, ob das Recht dem Erblasser bei seinem Tode bereits zustand, oder ob es erst während „ruhender Erbschaft" in die Nachlaßmasse fiel.[1]) Auch über die letzteren Objekte kann der Erblasser bindend verfügen, sie sind ihm nicht „fremde".

Auch die *regula Catoniana* kann hier nicht hindernd eingreifen.[2]) Hier handelt es sich nicht um die Frage, ob

---

[1]) A. M. *Rosshirt*, Vermächtnisse, II., S. 152, unter Berufung auf *Gaius*, II. 203. Dort handelt es sich aber um das strenge Vindikationslegat, das für Fungibilien quiritarisches Eigentum mindestens zur Zeit des Todes des Erblassers verlangte. Auf das freiere justinianische Recht, das überall, wo es nur irgend angeht, sofortigen Rechtsübergang zuläßt, paßt diese Regel nicht mehr. So auch *v. Arndts* bei *Glück*, 46. Teil, S. 121, Note 41. M. E. aber kann hier wohl nicht aus den unklaren Worten des Kaisers in *l.* 1 *C.* 6, 43, sondern nur aus der Natur der Sache argumentiert werden.

[2]) Es wird freilich behauptet *(Marezoll* a. a. O. S. 271) die Fideikommisse hätten unter dieser Regel nie gestanden. Demgemäß sei sie nach der Verschmelzung überhaupt unanwendbar, da hier das mildere

das Vermächtnis ganz gültig oder ganz ungültig sein solle, sondern nur darum, ob diese stärkere oder nur die schwächere (obligatorische) Rechtswirkung eintreten solle. Mindestens die letztere Rechtswirkung tritt aber immer ein, so daß das Vermächtnis jedenfalls gültig bleibt.

II. Die unmittelbar übertragenen Vermögensrechte können nun einmal bestimmte ausstehende Forderungen des Erblassers sein.

1. Waren sie gegen die Person des Vermächtnisnehmers gerichtet, so tritt der beabsichtigte juristische und faktische Erfolg unmittelbar mit dem *dies veniens* ein, d. h. die Forderung ist sofort getilgt, der Vermächtnisnehmer bedarf im allgemeinen keines Rechtsmittels zur Durchsetzung des erblasserischen Willens. Es heißt einmal ausdrücklich: *habet penes se legatum.*[3])

Freilich geben unsere Quellen dem Bedachten hier noch eine persönliche Klage auf Befreiung oder gegenüber der Klage des Universalsuccessors nur eine *exceptio doli;* danach bestände die Forderung allerdings noch fort, nur ihre Durchsetzung ist gehemmt, sie ginge erst unter durch die formelle mündliche oder schriftliche Quittung, durch *acceptilatio.*

Aber diese Entscheidungen haben einerseits ihren Grund darin, daß bis auf *Justinian* nur die unmittelbare Übertragung dinglicher Rechte vom Erblasser auf den Honorierten möglich war; denn nur in der Form des Vindikationslegats war ein unmittelbarer Rechtsübergang zu ermöglichen. Das Vermächtnis der Schuldbefreiung war nur mittelbar als *legatum de non petendo* möglich.[4]) Dieser Grund

Recht der Fideikommisse zu gelten habe. Aber die *Marezoll*sche Voraussetzung ist ganz unbewiesen — *v. Arndts* bei *Weiske,* VI., S. 309, Note 253 u. Pandekten, § 550, Anm. 3 —. Im Widerspruch steht damit auch, daß die Kompilatoren, wenn sie auch sonst den Unterschied zwischen beiden Instituten nicht verwischten, doch von einem ganz unpraktischen Gebilde, wie es die *Catoniana* danach sein müßte, einen ganzen Titel *(tit. D.* 34, 7) und auch sonst noch eine große Anzahl von Stellen aufgenommen haben. Vgl. *v. Arndts* bei *Weiske,* VI., S. 297.

[3]) *l.* 1 § 2 *D. ut in poss.* 36, 4.

[4]) *l.* 7 § 1, *l.* 8 § 1. *l.* 22 *D. de lib. leg.* 34, 3.

besteht schon im justinianischen Recht nicht mehr.[5]) Die Klage auf förmliche Schuldbefreiung hat aber ihren ferneren Grund im römischen Formalrecht. Im heutigen Recht geht in der Regel nicht mehr erst durch formelle Quittung die Forderung unter.[6]) Nur im Formalrecht bedarf es noch aufhebender Akte bei der *liberatio legata*. Erläßt z. B. der Remittent dem Acceptanten durch Vermächtnis die Verbindlichkeit aus dem Wechsel, so wird hier nicht unmittelbar die Aufhebung der Forderung herbeigeführt. Das tritt nur durch Rückgabe der Wechselurkunde ein. Klagt dann der Erbe oder ein Indossant, der um die vorherige materielle Zerstörung der Wechselverpflichtung wußte, so hat der Acceptant die *exceptio doli*. Dem gutgläubigen Dritten aber muß er die Wechselsumme zahlen.[7])

In allen darüber hinausliegenden Fällen aber tritt der rechtliche Erfolg schon ohne weiteres ein. Der Anspruch auf formelle Quittung wird auch hier dem Bedachten nicht zu versagen sein, er entspringt dem obligatorischen Verhältnis, das wie wir sehen werden, immer, auch für den Fall des unmittelbaren Rechtsüberganges, entsteht. Die Quittung aber ist hier nicht erst die Herbeiführung des vom Testator gewünschten rechtlichen Erfolges, sie dient nur zur Verstärkung und Sicherung.

2. Geht die vermachte Forderung des Erblassers nicht gegen den Bedachten, sondern gegen einen Dritten, so ist

---

[5]) § 13 *J. de leg.* II. 20, *l.* 3 § 3, *l.* 25 *D. h. t.* 34, 3. *l.* 17 *C. de fideic.* 6, 42.

[6]) *Windscheid*, § 657, Anm. 9. *Roth*, Bayrisches Civilrecht, III, S. 434 a. E. Die *Glosse omnibus vero ad l.* 1 *C.* 6, 43 giebt dem Bedachten nur *exceptio doli* oder persönliche Klage auf Schuldbefreiung, ebenso *Donellus, com. ad tit. C.* VI. 43 *(opp.* IX. 686) und *v. Arndts* bei *Weiske*, VI, S. 338 („Klage auf völlige Tilgung der Schuld").

[7]) Durchgreifender wird der Erblasser hier durch das Vermächtnis der ihm noch gehörenden Wechselurkunde selbst die *liberatio* herbeiführen — *l.* 44 § 5 *D. de leg.* I[0]. — denn dann geht das „Recht am Papier" wie andere Sachenrechte unmittelbar an den Vermächtnisnehmer über (vgl. unten), der Bedachte und Acceptant erhält das Recht, den Wechsel zu vindizieren, so lange ihn kein redlicher Dritter erworben hat.

auch hier die Entscheidung der Quellen zwiespältig. Die meisten Entscheidungen verweisen den Bedachten an den Erben, der verpflichtet sei, ihm die Klage auf Erfüllung der Forderung abzutreten.[8]) Die Entscheidungen sind das Produkt der schon oben erwähnten Anschauung, daß durch Vermächtnis nur die unmittelbare Übertragung dinglichen Rechts möglich war und vielleicht auch noch ferner der römischen Auffassung, die einer Singularsuccession in Forderungsrechte widerstrebte.

Jedenfalls finden wir im *Codex*[9]) eine von Justinian aufgenommene Entscheidung der Kaiser *Diocletian* und *Maximian*, die dem Honorierten statt mit der *actio mandata* auch schon im eigenen Namen mit einer *actio utilis* die Geltendmachung gestattet. Im gemeinen Rechte, das keinen Unterschied mehr zwischen diesen Arten der Aktionen macht, ist demnach der unmittelbare Übergang des vermachten Forderungsrechtes an den Bedachten anzunehmen.[10]) Nur zur Erleichterung der Rechtsverfolgung ist der Bedachte hier an den Erben gewiesen, der ihm, mit der generellen persönlichen Klage belangt, etwaige Schuldscheine und andere Beweismittel der Forderung herausgeben muß. Der Erbe selbst ist keinen Augenblick lang Forderungsgläubiger. Trotzdem wäre immerhin theoretisch möglich, daß der Erbe erst die Ermächtigung zur Einziehung geben muß, und ein derartiges Erfordernis entspräche sicherlich dem praktischen Bedürfnis, man denke nur an Fälle wahrscheinlicher Überschuldung der Erbschaft oder voraussichtlicher Überschwerung der falcidischen Quart. Trotzdem wird diese Ermächtigung im römischen und im gemeinen Recht nirgends erfordert.

Wenn *Dernburg* sich für seine gegenteilige Ansicht auf die Analogie des *interdictum quod legatorum* beruft,[11]) das

---

8) *l.* 44 § 6, *l.* 75 § 2, *l.* 105 *D. de leg.* I°. *l.* 10 *D. de lib. leg.* 34, 3.

9) *l.* 18 *C. de leg.* 6, 37.

10) *Windscheid,* § 657, 2.

11) *Dernburg,* III., S. 225. Daselbst Anm. 9: „Die Quellen haben sich hierüber nicht ausgesprochen; wenig beschäftigt man sich mit der Frage auch in der gemeinrechtlichen Litteratur".

diesem Übelstand bei der eigenmächtigen Besitzergreifung vermachter Sachenrechte abzuhelfen bestimmt ist, so kann doch dieses, das nur auf körperliche Sachen zugeschnitten ist, auf unseren Fall schon wegen seiner Form nicht analog angewandt werden. Ein anderes Mittel zur Durchführung dieses gesunden und praktischen Gedankens hat aber das Gewohnheitsrecht nicht ausgebildet. Doch wurde diese Lücke vielleicht deswegen in der Praxis nicht empfunden, weil hier trotz des unmittelbaren Übergangs des Rechts der Vermächtnisnehmer in Bezug auf die Beweismittel der Forderung wohl in fast allen Fällen an den Erben gewiesen ist. Hierdurch ist dann diesem die Möglichkeit gegeben, sich durch spezielle Abmachungen mit dem Honorierten zu sichern gegen die ihm durch den bereits erfolgten Rechtsübergang drohenden Gefahren.

III. Aber nicht nur vermachte Forderungsrechte gehen so unmittelbar auf den Bedachten über, es ist dem Erblasser auch möglich dingliches Recht, Eigentum wie andere Sachenrechte minderen Umfangs, unmittelbar an den Vermächtnisnehmer zu übertragen. Das ist im justinianischen Recht in noch weiterem Umfange möglich, als durch das Vindikationslegat des alten Rechts, das nur für die Übertragung von Rechten des *ius civile,* Eigentum *ex iure Quiritium* und Servituten, offengestanden hatte. Im justinianischen Recht ist die subtile Unterscheidung zwischen den verschiedenen Arten des *dominium* ganz verschwunden,[12]) auch die anderen dinglichen Rechte werden nicht mehr nach ihrem Ursprunge aus dem *ius civile*, dem prätorischen Recht oder dem Recht der Kaiserzeit unterschieden. Sie alle können durch die allgemeine Vermächtnisform aus dem Nachlaß — aber nur aus diesem nach der Natur der Sache, wie wir schon oben sahen — auf den Bedachten *recta via* übergehen.

Betrachten wir nun die einzelnen Arten dinglicher Rechte.

---

12) *l. un. C. de nudo ex jure Quiritium tollendo* 7, 25.

1. Das umfassendste dingliche Recht, das Eigentum, oder wie man wohl sagt, die Sache selbst, geht sofort auf den Bedachten über, wenn sie vom Erblasser speziell bestimmt ist; denn nur dann ist möglich, daß der Bedachte sofort mit der Wirksamkeit des Vermächtnisses die Sache mit einer *vindicatio* in Anspruch nehmen kann, wobei er ja die verfolgte Sache genau bezeichnen muß.[13])

Nicht anders verhält es sich auch, wenn der Erblasser eine in seinem Eigentum stehende Sachgesamtheit vermacht hat, auch hier erhält der Bedachte unmittelbar das Eigentum an den einzelnen dem Erblasser gehörigen Stücken[14]) und hat wohl auch im heutigen gemeinen Recht nicht bloß bei dem *grex.* sondern in allen derartigen Fällen die Möglichkeit einheitlicher Rechtsverfolgung.[15]) Ebenso ist auch der Gegenstand des Vermächtnisses genügend bestimmt und zum sofortigen Eigentumsübergang geeignet, wenn der Erblasser alle im Nachlasse befindlichen Sachen einer bestimmten Art vermacht hat.[16]) Dagegen kann doch wohl nicht von unmittelbarem Eigentumsübergang gesprochen werden, wenn der Erblasser von seinen Sachen irgend eine nur der Art nach, nicht individuell bestimmte dem Legatar[17]) zugedacht hat.

Mag nun — wie im Zweifel stets — [18]) der Legatar oder auch im einzelnen Falle der Erbe wahlberechtigt sein, so ist doch jedenfalls erst nach diesem Vorgange, der vor

---

13) *l.* 6 *D. de rei vind.* 6, 1.

14) § 18 *J. de leg.* II. 20. *l.* 22 *D. eod.* I⁰.

15) Vgl. über diese „wohl nie sterbende" Kontroverse, auf die hier nicht näher einzugehen ist: *Windscheid,* § 137, Anm. 5 u. 6, der freilich anderer Ansicht ist.

16) Vgl. *Perez, Praelectiones in Cod., ad Cod.* 6, 43, § 4.

17) Im Folgenden bezeichnen die Ausdrücke „Legatar" und „Legat", dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechend, Vermächtnisnehmer und Vermächtnis schlechthin.

18) § 22 *J. de leg.* 2, 20. *l.* 20. 34 § 14. 71 *pr.* 84 § 13. 108 § 2 *D. de leg.* I⁰. *l.* 2 § 1 *D. de opt. leg.* 33, 5, andererseits *l.* 12 *D. de opt. leg.* 33, 5.

der Antretung der Erbschaft nicht stattfinden kann,[19]) der Gegenstand so genau bestimmt, daß die Eigentumsklage angestellt werden kann. Erst dann kann also der Eigentumsübergang angenommen werden; die Wahl ist der zeitlich frühere Vorgang. Daher ist hier unmöglich, daß die vermachten Sachen schon mit dem Erbschaftsantritt sich von der übrigen Masse trennen. Sie gehen zunächst auf den Erben über. Praktisch wird es dort, wo der Bedachte selbst wählt, weniger sinnfällig, weil er hier gleich in seiner Eigentumsklage gegen den detinierenden Erben die einzelnen Stücke seiner Wahl näher bezeichnet, damit die Bedingung des Eigentumsüberganges erfüllt und darum auch mit seiner Klage durchdringt.[20])

Nicht anders liegt es beim alternativen Vermächtnis, wenn die Glieder der Alternative bestimmte Nachlaßsachen sind. Auch hier kann von einem zugleich mit dem Erbschaftsantritt stattfindenden direkten Eigentumsübergang keine Rede sein. Das Eigentum geht erst über, wenn der Legatar, dem auch hier im Zweifel die Wahl zusteht,[21]) oder der Erbe gewählt hat. Sind die wahlweise vermachten Sachen aber gar nicht Nachlaßgegenstände, so kann von einem sofortigen Übergang dinglichen Rechts ja überhaupt nicht die Rede sein. Hier entsteht nur eine obligatorische Verpflichtung des Erben zur Verschaffung der Sachen. Damit erhält er auch das Wahlrecht, da hier die Klage nach dem Willen des Testators nur auf eines oder das andere, nicht auf eines bestimmt angestellt werden kann, und daher dem

---

[19]) Der Erbe würde durch eine Wahl ohnehin *pro herede se gerere* und damit die Antretung herbeiführen, der Bedachte aber darf vor der *aditio* nicht wählen. Vgl. *l.* 10 *D. de leg.* I°. *l.* 16 *D. de opt. leg.* 33, 5.

[20]) Daraus erklärt sich vielleicht auch, warum unsere Quellen, die ja vom Rechtsübergang selbst nicht sprechen, sondern immer nur vom Geltendmachen mittels der *actio,* dieses Zwischenstadium nicht erkennen assen.

[21]) *l.* 34 § 14 *D. de leg.* I°. *l.* 19 (erster Fall) *l.* 23 *D. de leg.* II° Dagegen ist anscheinend ausdrücklich dem Erben die Wahl gegeben in: *l.* 109 § 1 *D. de leg.* I°. u. *l.* 19 (zweiter Fall) *D. de leg.* II°.

Verpflichteten die Wahl gelassen werden muß, mit welcher der Sachen er seine Verbindlichkeit erfüllen will.[22])

Sind schließlich vertretbare Sachen ohne Rücksicht auf die im Nachlaß davon vorhandenen Gegenstände vermacht, so kann von unmittelbarem Rechtsübergang überhaupt nicht die Rede sein, der Bedachte ist immer an die Vermittelung des Erben gewiesen.[23])

Ist nun aber jener unmittelbare Sachübergang eingetreten, sei es mit dem Erbschaftsantritt, sei es nach Vornahme einer Wahl oder nach Eintritt der Bedingung oder des *dies certus,*[24]) so ist der Vermächtnisnehmer, namentlich auch in den letzten drei Fällen, nur zeitlich der Nachfolger des in der Zwischenzeit als Eigentümer zu betrachtenden Erben, sein Recht leitet er nicht von ihm, sondern vom Erblasser ab. Rechtlich wird der jetzige Eigentumserwerb auf den Augenblick des Erbschaftsantritts zurückdatiert.[25])

Diesen direkten Eigentumsübergang unter den obengenannten Voraussetzungen leugnet allerdings *Marezoll.*[26]) Nach seiner Meinung ist nicht überall, wo es nach der Natur der Sache möglich ist, im justinianischen Recht Eigentums-

---

22) *l.* 43 § 3 *D. de leg.* II⁰. *l.* 29 § 1 *D. de leg.* III⁰. In diesem Falle soll offenbar die Abfindung in Geld geschehen ohne Rücksicht auf die davon im Nachlaß vorhandene Summe. Vgl. auch *l.* 47 § 3 *D. de leg.* I⁰, wo Stichus und Pamphilus anscheinend nicht Erbschaftssklaven sind.

23) *l.* 3 *pr. D. de tritico leg.* 33, 6. *l.* 4 *D. eod.,* vgl. *l.* 38 *D. de iudiciis* 5, 1.

24) Auch *ex die certo* fällt dem Bedachten das dingliche Recht unmittelbar zu. Vgl. *l.* 9 § 2 *D. usufr. quemadm. cav.* 7, 9, sonst könnte diese Stelle nicht davon sprechen, daß der Usufruktuar späterhin auch sicher die Proprietät bekommen würde. Wäre er nur auf ein obligatorisches Rechtsmittel verwiesen, so könnte immer noch *litis aestimatio* an die Stelle des *fundus* treten. Vgl. *Fitting,* Begriff d. Rückziehung, S. 107.

25) *l.* 105 *D. de cond. et dem.* 35, 1. *l.* 11 § 1 *D. quemadm. serv. am.* 8, 6. *v. Arndts* bei *Glück,* 48. Teil, S. 336.

26) In der bereits angeführten Abhandlung in *(Lindes)* Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, 9. Band, Abh. IX, S. 283 ff. Ihm schloß sich *Heimbach* im Rechtslexikon *Weiskes,* IV. S. 285, an, ohne neue Argumente beizubringen.

übergang *ipso iure* anzunehmen. Er sieht in der von *Justinian* gegebenen *actio in rem* nicht die ordentliche *rei vindicatio*; diese *actio in rem* der *l.* 1 *C.* 6, 43 sei nicht eine Klage zur Geltendmachung bereits übergegangenen Eigentums, sondern eine erst auf Verschaffung von Eigentum auch gegen dritte Besitzer gerichtete s. g. *rei vindicatio utilis.* Eine echte *rei vindicatio* will er nur dann zulassen, wenn der Erblasser ausdrücklich es hat erkennen lassen, daß er unmittelbar Eigentum übertragen wolle.

Die *rei vindicatio utilis* aber erstreckt *Marezoll* auch auf die Verfolgung von Sachen, die dem Belasteten gehörten oder nachher von ihm angeschafft worden waren. Zwar könne der Erblasser an solchen Sachen nicht unmittelbar Eigentum übertragen, es sei aber nichts Seltenes, wenn auch hier der Gesetzgeber dem Legatar die Möglichkeit gebe, die pietätlos vom Erben veräußerte Sache in die dritte Hand zu verfolgen.

Aber diese abweichende Ansicht stimmt mit den Quellen keineswegs überein. Schon aus *l.* 1 *C.* 6, 43 geht ziemlich deutlich hervor, daß der Kaiser die *actio in rem* nur auf Nachlaßsachen erstrecken wollte. *Marezoll* sagt zwar:[27]) „Es wird hoffentlich niemand einfallen (*sc.* eine derartige Beschränkung der *actio in rem* in den Worten der *l.* 1 *C. cit.*: *„in res mortui praestare“* — *„contra res testatoris esse instituendas“* — *„in rebus quas a testatore consecutus est“* zu finden.“ Diese Worte sollen sich nach seiner Ansicht nur auf die ebendort genannte *actio hypothecaria* beziehen. Aber das kann doch nur von der ersten der genannten Wendungen in *l* 1 § 1 *C. cit.* mit Recht behauptet werden.[28]) Dagegen beziehen sich sehr deutlich auch auf unsere Klage die Worte *praefatas actiones contra res testatoris esse instituendas.* Die *praefatae actiones* können nur die kurz vorher genannten *actio in rem* und *actio hypothecaria* sein. Die von *Marezoll* angenommene Klage geht nun zwar auch gegen diese Sachen, sie erstreckt sich aber doch auch noch weiter, und

---

[27]) a. a. O. S. 301, Anm. 4.

[28]) *Arndts* bei *Glück,* 46. Teil, S. 61. *v. Vangerow,* § 531.

es wäre unbegreiflich, warum der Kaiser hier mit keinem Worte des erweiterten Geltungsgebietes gedacht haben sollte. Eine derartige Klage auf Verschaffung des Eigentums gegen unbeteiligte Dritte ist doch keine regelmäßige Rechtsgestaltung, sie findet sich auch im justinianischen Recht nur in Ausnahmefällen. In den betreffenden Stellen ist dann auch gewöhnlich von ihr als einer *actio ad rem vindicandam utilis* die Rede.[29])

Außerdem ist es doch offenbar das Bestreben *Justinians*, in *l.* 1 *C.* 6, 43 an Vorhandenes anzuknüpfen, nicht neue Rechtsmittel zu schaffen, sondern den Altgewohnten ein erweitertes Gebiet zu geben. Daher begründet er auch die einzige Neuschöpfung der citierten Constitution, die gesetzliche Hypothek, damit, daß er hier nur sanktioniere, was im täglichen Leben durch Anordnung des Erblassers von Fall zu Fall ohnehin die Regel bilde. Und er sollte hier ein im Vermächtnisrecht ganz unbekanntes Rechtsmittel ohne nähere Auseinandersetzung der Eigentümlichkeiten desselben, ohne Anführung von gesetzgeberischen Motiven einführen![30]) Das ist doch sonst nicht *Justinians* Art.

Schließlich beschränkt die Constitution in dem weiteren Fall des Aftervermächtnisses dieselbe *actio in rem* ausdrücklich auf die Sachen, *quas (sc. oneratus) a testatore consecutus est.* Auch diese Worte können nicht mit *Marezoll*[31]) nur auf die *actio hypothecaria* bezogen werden, sie geben vielmehr beiden Klagen ihr Anwendungsgebiet.

Daß wir auf solche Nebenandeutungen beschränkt sind, beweist, daß der Kaiser an den Fall, den *Marezoll* im Auge hat, gar nicht gedacht hat. Er stellte es sich kaum vor, daß jemand auf eine solche Deutung seiner *actio in rem* kommen würde.[32])

---

29) Vgl. *l.* 30 *pr. C. de iure dotium* 5, 12. *l.* 55 *n fin. D. de don. inter virum et uxor.* 24, 1. *l.* 2 *D. quando ex facto* 26, 9. *l.* 8 *C. de rei vind.* 3, 32. *l.* 1 *C. de don. quae sub modo* 8, 54.

30) Vgl. *v. Arndts* im Rechtslexikon VI., S. 310, bei *Glück,* 46. Teil, S. 60 ff.

31) Wie *Marezoll* auch *Seuffert,* „Veräußerungsverbot", S. 70, Anm. 1.

32) *Windscheid,* § 646, Anm. 3. Jedenfalls ist aber das überschwäng-

Die Stützen für seine Ansicht sucht *Marezoll* auch gar nicht in der Verordnung selbst. Er findet sie einmal in l. 3 § 2 *C. eod.* 6, 43.

Hier verbietet der Kaiser ausdrücklich die Veräußerung der Sachen, auf die sich die *in rem actio* bezieht, wie solche nach der *vetus dispositiò* erlaubt gewesen sei. Da dieses Gesetz erst 2 Jahre nach der Gewährung der *actio in rem* erlassen ist, so schließt *Marezoll*, kann der Effekt der *l.* 1 *C.* 6, 43 nicht Übertragung dinglicher Rechte gewesen sein. Sonst wäre eine Veräußerung des Erben, der nicht mehr Eigentümer ist, ohnehin erfolglos gewesen.

Aber in diesem Teile, der von der Veräußerung handelt, ist diese *l.* 3 § 2 *C.* 6, 43 gar nicht konstituierend, sie ist „mehr lehrhaft als imperativ" schon in der Ausdrucksweise.[33]) Sie drückt hier nur, vielleicht um Mißverständnisse zu beseitigen, eine Consequenz der kurz vorher ergangenen *l.* 1 *cit.* aus.[34]) Für *Marezoll* ist sie keineswegs in irgend einem Sinne verwertbar; denn auf Sachen des Belasteten, die er verpflichtet ist, dem Bedachten herauszugeben, paßt nicht der Ausdruck, daß es *satis absurdum et irrationabile est,* diese Sachen, *quam in suis bonis pure non possidet,* zu veräußern.[35])

Auch die *l.* 8 *C. ad S. C. Trebell* 6, 49 steht unserer Auslegung der *actio in rem* nicht entgegen. Wäre hier von einer dinglichen Klage, selbst von einer *rei vindicatio utilis* die Rede, so wäre die ganze Frage an dieser Stelle überflüssig; denn dafür ist es doch gleichgültig, ob der Fiduciar oder Universalfideikommissar hier der obligatorisch Verpflichtete ist. Die *rei vindicatio,* selbst d. *r. v. utilis* kann als dingliche Klage gegen jeden von beiden angestrengt werden,

---

liche Lob, das *Cuiacius* im *comm. ad Cod.* tit. VI. 43 *(opp.* IX. 848) dieser Constitution spendet: *„. . . est plenissima iuris perfectissimaque constitutio, quae nihil omittit, et in qua nihil possis iuris desiderare"*, nicht ganz berechtigt.

[33]) *Brinz*, § 428, Anm. 34.

[34]) Vgl. *Donellus, com. ad* tit. *C.* 6, 43 *(opp.* IX. 687). *„In his constituitur effectus actionis in rem de rebus legatis et fideicommissis constitutae—consequens est, quod hic dicitur."*

[35]) *v. Arndts* bei *Glück*, 46. Teil, S. 64.

vorausgesetzt, daß er nur der Besitzer ist.[36]) Unsere Stelle aber spricht nur von dem immer zuständigen persönlichen Anspruch und den Grund hierfür ergiebt m. E. der Schluß der Stelle. Danach hat die Anfrage den Kaiser wohl darüber im Unklaren gelassen, ob eine spezielle Sache oder eine Geldsumme Gegenstand des Vermächtnisses war. Im letzteren Falle würde, wie wir sahen, nur eine persönliche Klage entstehen, die auch sonst die dingliche Klage begleitet. Daher entscheidet der Kaiser hier nur den Fall der persönlichen Klage, der für beide Fälle paßt, und kann so von einem „*tradere*" sprechen.

Ebensowenig schlägt ein letztes Argument *Marezolls* durch. Er sagt mit Recht, *Justinian* habe dem Vermächtnisnehmer nichts von dem bisher schon möglichen Rechtsschutz entziehen wollen. Wenn er nun aber weitergehend behauptet, eine derartige dingliche Verfolgung von Sachen des Erben sei bisher beim *legatum sinendi modo relictum* möglich gewesen, so haben wir schon oben[37]) gesehen, daß diese Ansicht, die sich auf den westgotischen *Gaius* stützt, einer genaueren Prüfung nicht standhält. Auch die Autorität der *Glosse* kann *Marezoll* nicht mit Fug für seine Ansicht in Anspruch nehmen; denn wir finden darin die falsche und die richtige Meinung nebeneinander.[38])

Allerdings ist unleugbar, daß sich *Justinian* sehr ungenau ausdrückte, namentlich wenn er davon spricht, daß nunmehr *omnibus legatariis et fideicommissariis* die *actio in rem* zustände. Das ist in vielen Fällen gänzlich unmöglich, man denke an die zuerst behandelten Fälle, wo nicht dingliche Rechte, sondern Forderungen vermacht waren,[39]) ferner an

---

36) Vgl. *Dernburg*, I., § 225, Anm. 11. *v. Arndts* a. a. O. S. 68.

37) S. 10 f.

38) Einerseits: *Glosse et ex omnibus vero nascantur in rem actiones ad l.* 2 § 1 cit.: „*Sic ergo si a legatario legaverit aliam rem, puta illius propriam, non eam, quam ei legavit, competit illi alii legatario in re propria legatarii primi rei vindicatio.*" Dagegen bringt unsere Ansicht die *Glosse personalem ad h. l.*: „*Sive testatoris erat res legata, sive aliena; sed in rem datur, cum erat testatoris*".

39) Ein „Eigentum an der Forderung" ist ein dem römischen Recht ganz fremder Begriff.

die Fälle, in denen dem Belasteten ein Handeln zur Pflicht gemacht wird. Jene Worte sind daher restriktiv zu interpretieren und nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu verstehen.[40]) Wie auch sonst Niemand über die Sachen eines Dritten ohne besondere Vertretungsbefugnis verfügen kann, so kann das ebensowenig, trotz ihres besonders nahen Verhältnisses, der Erblasser bezüglich der Sachen des Erben.[41])

Nur an Sachen des Nachlasses wollte also der Kaiser in *l.* 1 *C.* 6, 43 den unmittelbaren Eigentumsübergang ermöglichen, hier aber in allen Fällen, ohne Unterschied der Form, worauf man bisher Gewicht gelegt hatte.[42])

Daraus wird sich nun ohne weiteres ergeben, welche Mittel der Bedachte hat, um sein Recht gegen den Erben zu verfolgen. Er ist Eigentümer der Sache, aber wie sonst Niemand, darf auch er nicht im Wege der Selbsthilfe für sich den faktischen Zustand des Besitzes herstellen. Die Besitzübertragung muß er vielmehr vom Erben, der doch meist im Besitze des Nachlasses sein wird, erwarten. Ja, selbst wenn der Erbe den Besitz der Nachlaßsache damals

---

[40]) Siehe *Durantis, de arte testandi, tit.* 6 *caut.* 29 (im *Tractat. illustr. Juriscons. tom.* VIII., pag. 131). Vgl. *Donellus ad Cod. tit.* 6, 43: *„si modo rerum natura patiatur, ubi per naturam in rem actionis id fieri potest. Natura autem in rem actionis exigit, ut is qui in rem agit, seu vindicat, dominus est. Quodsi res testatoris legata est, hic demum concurrunt de ea re actio in rem et in personam“.* Ferner *Cuiacius ad h. tit. C* 6, 43 (*opp.* IX. 848). . . . . *„(rei alienae, rei heredis propriae legatae) testator vindicationem dare non potuit.“*

[41]) *l.* 9 *C. de test. manum.* 7, 2. Diese Stelle beweist auch den Ungrund der Ausführungen *Lasalles* „das Wesen des röm. und germ. Erbrechts“, S. 199: „Wenn das Testament eine Vermögensübertragung wäre, so würde der Testator niemals dazu kommen können, über das selbstständige Eigentum des Erben zu disponieren. Da aber der Begriff der Erbeseinsetzung vielmehr der ist, einen anderen subjektiven Willen als die Fortexistenz und das identische Dasein des eigenen Willens zu setzen, so findet eben Willensidentität zwischen beiden statt und der Erblasser wird also notwendig Willensherr über das Vermögen des Erben.“ — Das wird er aber, wie wir sahen, keineswegs, wenn auch in der That die Erbeseinsetzung mehr ist als bloße Vermögensübertragung.

[42]) Vgl. *S. A.* XXVII., No. 42, auch XXI. 134.

noch gar nicht erlangt hatte, als der Bedachte ihn sich anmaßte, muß er dem Erben die Sache faktisch wieder zustellen gegen das Versprechen künftiger Rückerstattung. Zu diesem Zwecke hat der Erbe ein besonderes *interdictum apiscendae possessionis* das *interdictum quod legatorum,*[43]) da nach dem römischen Grundsatze der Unvererblichkeit des Besitzes die übrigen Besitzinterdicte nicht ausreichen.

Der Legatar ist also immer auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen und bedarf hier zur Verfolgung seines Rechts gegen den belasteten Erben keiner anderen Rechtsmittel, als der, die auch sonst jedem Eigentümer gegen denjenigen zustehen, der sich mit seinem Rechte in Widerspruch befindet. Seine Klage wird also regelmäßig die *rei vindicatio* sein. Zu ihrer Vorbereitung wird er sehr häufig vom detinierenden Erben das Vorweisen gewisser Erbschaftssachen verlangen dürfen,[44]) da er ja in der *intentio* seiner Eigentumsklage den in Anspruch genommenen Gegenstand genau bezeichnen muß,[45]) das wird namentlich wertvoll in den Fällen, wo ihm ein Recht des Auswählens unter mehreren Nachlaßsachen zusteht. Diese vorbereitenden Leistungen erlangt er vom detinierenden Erben mit der *actio ad exhibendum,* die unter Umständen schon zur vollen Befriedigung aller seiner Ansprüche führen kann, wenn der Erbe keinen Einspruch dagegen erhebt, daß er von den vorgewiesenen die ihm zukommenden Gegenstände an sich nimmt.

2. War nun die vermachte Sache nicht im Eigentum des Erblassers, wie dieser wähnte; hätte er vielmehr nur mit einer *actio Publiciana* sich den etwa verlorenen Besitz wieder verschaffen können, weil ihm der Nachweis des Eigentums als Voraussetzung der *vindicatio* nicht gelungen wäre, so fragt sich, welchen Anspruch hier der Bedachte aus diesem Vermächtnis erhält.

---

43) *l.* 1 § 2 *D. quod legat.* 43, 3.

44) *l.* 38 *in fine D. de iud.* 5, 1.

45) *l.* 2 § 1 *D. de tritic. leg.* 33, 6. Daher heißt es auch: *Haec actio . . . maxime propter vindicationes inducta est. l.* 1 *D. ad exhib.* 10, 4.

Es fehlt nicht an Stimmen, die ihm hier jedes Recht aus dem Vermächtnis zu bestreiten scheinen.

So sagt *Brinz*:[46]) „Für den Fall, daß der Erblasser in der Meinung, sie seien die seinigen, fremde Sachen vermacht hat, ist öfter nichts vermacht; . . . weil es zur rechtlichen Vermutung wurde, daß er ohne besondere Umstände *nisi proximae personae, vel uxori, vel alii tali personae datum sit,*[47]) sie nicht vermachen gewollt hätte, wenn ihm der wahre Sachverhalt bekannt gewesen wäre." Aber in dieser Allgemeinheit ist, trotzdem sich die angeführte Codexstelle ähnlich ausdrückt, der Satz doch nicht in den Quellen begründet. Die hier weiterhin in Betracht kommenden Stellen[48]) lehren nur, daß in solchem Falle der Erbe nicht genötigt sei, das Eigentum der legierten fremden Sache aus dem fremden Vermögen zu verschaffen. Befindet sich dagegen die Sache nur faktisch, wenn auch nicht rechtlich im Nachlaß, so kann der Honorierte die bloße Herausgabe sehr wohl beanspruchen. Und dazu steht ihm unter Umständen nicht nur der obligatorische Anspruch aus dem Testamente zu, er kann vielmehr auch mit der *actio Publiciana*, wenn nur diese seinem *auctor*, dem Erblasser, zustand, von jedem Minderberechtigten als der Erblasser es war, an sich ziehen, was ihm gebührt.[49])

Nur in der Begründung unserer Ansicht möchten wir uns von den unten genannten drei Schriftstellern trennen. Sie alle leiten die dem Bedachten gegebene *Publiciana* aus *l.* 1 § 2 *D. h. t.* 6, 2 ab.

Auf diese Stelle können wir unsere Ansicht nicht gründen.[50]) Aber doch scheint sie uns römischen Rechts-

---

[46]) Pandekten III., 1. Abt., S. 314.

[47]) *l.* 10 *C. de leg.* 6, 37. Aus dieser Einschränkung erklärt sich wohl auch das „öfter" in der obigen Darstellung.

[48]) *l.* 67 § 8. *l.* 77 § 8 *D. de leg.* II°. § 4 *J. h. t.* 2, 20.

[49]) So *Noodt, opera omnia,* pag. 203, *ad tit.* 6, 2 *Dig. v. Arndts* bei *Glück,* 46. Teil, S. 179. *F. Schröder,* Gesetzliche Veräußerungsverbote, S. 83.

[50]) Über die Unhaltbarkeit der gegnerischen Anschauung *Dernburg,* I. § 228, Anm. 7. Auch die Praxis verhält sich ablehnend gegen diese

grundsätzen zu entsprechen. M. E. kann man sich hier mit Grund auf eine Stelle *Ulpians* beziehen. Dort[51]) entscheidet *Ulpian* einen Fall, wo ein „Erbpächter" das von ihm erpachtete Gut Jemandem vermacht hat. Der Bedachte erhielt nicht das Eigentum, sondern nur das Erbpachtrecht zugesprochen. Bei dieser Gelegenheit spricht der Jurist den allgemeinen Satz aus, daß nach dem Willen des Erblassers dasjenige dingliche Recht als zugewandt gelten müsse, das dem Testator selbst bezüglich des vermachten Gegenstandes zugestanden hat. Muß nun das nicht auch Anwendung finden, wenn der Erblasser nur publicianisches Recht hatte, ist nicht auch dieses ein Recht „wie das Eigentum gegen Jedermann, welcher nicht wenigstens gleichviel für sich anführen kann,"[52]) ein „dingliches Recht von relativer Kraft bezüglich der Sache,"[53]) und muß man nicht auch hier annehmen, daß der Erblasser das Recht habe übertragen wollen, das er selbst an der Sache hatte!

In diesem Falle werden wir also dem Vermächtnisnehmer, der noch nicht in den Besitz der Sache gelangt ist, die publicianische Klage gegen Jedermann, der minder berechtigt ist, also meist auch gegen den Erben zusprechen.[54]) Ja, dieser Schutz wird darüber hinaus für ihn noch von großem praktischen Nutzen sein, da er dann auch sonst dritten nicht publicianischen Besitzern gegenüber nicht das Eigentum seines Erblassers wird nachzuweisen brauchen. Es wird immer genügen, wenn er nur den redlichen, titulierten Erwerb des Toten beweist.

3. Schon hier sahen wir, daß nicht nur Eigentum, sondern auch anderes dingliches Recht im Wege des Vermächtnisses unmittelbar übertragen werden kann.[55]) Die alten

---

auch von *Windscheid*, § 199, 2, vertretene Ansicht; vgl. *S. A.* XXIX., No. 220.

51) *l.* 71 § 6 *D. de leg.* I[0].

52) *Windscheid*, § 199 am Anfange.

53) *Dernburg*, I. § 228. I.

54) Vgl. *Salkowski*, a. a. O. S. 666/7.

55) *l.* 18 *in fine D. comm. praed.* 8, 4. *l.* 19 § 1 *D. quemadm. serv. am.* 8, 6.

Schranken des Vindikationslegates sind im justinianischen Recht gefallen. Alle dinglichen Rechte, sofern sie nicht mit der Person des Erblassers erlöschen, können durch ein Vermächtnis unmittelbar für den Honorierten entstehen. Die regelmäßigen Voraussetzungen sind hier dieselben wie bei der Eigentumsübertragung durch Vermächtnis; der Erblasser muß selbst die bestimmte Sache zu eigen haben, an der er dem Bedachten ein dingliches Recht bestellen will, oder das bereits für ihn bestehende dingliche Recht, das er übertragen will, muß im Augenblick der *aditio hereditatis* zum Nachlasse gehören.[56]) Analog wie beim Eigentumsübergang verhält es sich auch, wenn zur Bestimmung des Objekts, an dem das dingliche Recht zustehen soll, noch eine Wahl oder ähnliches erforderlich ist. Daher entspricht es nur den allgemeinen Grundsätzen, daß an vertretbaren Sachen ein letztwillig bestellter *Quasiususfructus* nicht sofort entsteht, sondern daß auch hier das Eigentum des Quasiusufruktuars erst durch die Tradition entsteht. Anomal ist nur die Ausdehnung dieses Satzes auf alle verbrauchbaren Sachen, selbst wenn sie nicht vertretbar sind,[57]) und selbst auf solche Fungibilien, die durch die Vermächtnisanordnung bereits so individuell bestimmt sind, daß an ihnen Eigentum *ipso iure* übergehen könnte (*decem, quae in arca sunt*).[58]) Erklären läßt sich diese Ausnahmebestimmung vielleicht daraus, daß man dem Erben in der Vorenthaltung des Eigentums ein Mittel geben wollte, um den Bedachten zur Kautionsleistung zu zwingen und so seiner Pflicht zur Rückerstattung[59]) eine breitere Grundlage zu geben.

Durch eine Bedingung oder einen *certus dies* kann ähnlich auch hier der Rechtsübergang hinausgerückt werden.

Diese Übertragung von dinglichen, für den Erblasser bestehenden Rechten kann natürlich auch an den bisher

---

[56]) *l.* 1 § 7 *D. de superfic.* 43, 18.

[57]) *l.* 7 *D. de usufr. ear. rer.* 7, 5.

[58]) *l.* 1 § 17 *ut leg. serv. c.* 36, 3.

[59]) Diese behandelte man bereits als gesetzlich eintretend und von der *cautio* unabhängig. *l.* 5 § 1 *D. de usufr. ear. rer.* 7, 5. *l.* 9 § 4 *D. ad exhib.* 10, 4. *l.* 10 *D. de praesc. verb.* 19, 5.

dadurch beschränkten Eigentümer durch Vermächtnis geschehen, so daß dieser mit dem Augenblick der Wirksamkeit des Vermächtnisses unbeschränktes Eigentum erhält.[60])

Die aus diesen Vermächtnissen dinglicher Rechte für den Vermächtnisnehmer gegen jeden Dritten und also auch gegen den belasteten Erben entstehenden Rechtsmittel sind in der Regel *vindicationes,* zwar nicht *rei,* sondern *servitutis vindicationes (a. confessoriae)* oder *libertatis vindicationes (a. negatoriae)* oder *rei vindicationes utiles* bei Superficies und Emphyteusis. Durch Vermächtnis des Pfandrechts entsteht die *actio hypothecaria (utilis Serviana).*

IV. Eine alle Fälle des unmittelbaren Rechtsüberganges betreffende Frage bedarf jedoch an dieser Stelle noch der Erörterung.[61]) Tritt der unmittelbare Rechtsübergang immer ein, oder kann ihn der Erblasser ausschließen? Der ganze Charakter der *l.* 1 *C.* 6, 43 läßt m. E. nur die letztere Möglichkeit zu. Wie schon im alten Rechte der Wille des Testators durch die Wahl der Anordnungsform die Wirkungen des Vermächtnisses bestimmte, so soll auch jetzt sein Wille maßgebend sein. Da aber vermutet werden kann, daß er selbst nur damit einverstanden sein wird, wenn die für den Bedachten möglichst günstigen Rechtswirkungen des Vermächtnisses immer eintreten, so spricht, wie er auch die Form gewählt haben mag, seit *Justinian* immer eine Rechtsvermutung dafür, daß er, wo es ihm nur nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen möglich war, auch sofortigen Rechtsübergang herbeiführen wollte. Keineswegs aber „muß er" den unmittelbaren Rechtsübergang wollen, wie *Brinz* behauptet. Das stände in

---

60) *l.* 86 § 4 *D. de leg.* I°. *l.* 1 § 1 *D. de lib. leg.* 34, 3.

61) Die Frage wird meist nur für den Übergang dinglicher Rechte erörtert, hat aber allgemeinere Bedeutung. Für die Möglichkeit der Ausschließung: *Mayer,* § 8 a. E. *v. Arndts* bei *Glück,* 46. Teil, S. 80. *Windscheid,* § 646, 1. *Dernburg,* III, § 99, Anm. 4. („Selbstverständlich.") Anderer Ansicht: *Brinz,* § 426, Anm. 7. Ihm stimmt „durchaus" bei: *Salkowski* a. a. O. S. 50[84].

schroffem Widerspruch mit der Art, in der *Justinian* diese Materie regelt.[62])

Was sollte dazu führen dem Bedachten Rechte zu geben, die der Erblasser ihm ausdrücklich entziehen wollte! Nur das muß zur Entkräftung der oben angegebenen Rechtsvermutung verlangt werden, daß der Erblasser in der letztwilligen Verfügung es deutlich erkennen läßt, daß er diesen oder jenen Weg zur Durchsetzung des Vermächtnisses dem Bedachten verschließen wolle.[63])

b. Die Sicherung des unmittelbaren Rechtsüberganges durch die Bestimmungen der *l.* 3 *C. com. de leg.* 6,43.

§ 6.

I. Durch die *actio in rem,* die *Justinian* in *l.* 1 *C.* 6, 43, wo es nur angängig, den Vermächtnisnehmern eingeräumt hatte, schien ihm die alte *missio in rem „fideicommissaria"* völlig ersetzt, er hob sie deshalb auf. Aber es war doch noch eine Lücke in dem Rechtsschutz des Vermächtnisnehmers, der unmittelbar dingliches Recht erhielt, geblieben. Der Mangel machte sich wohl bald bemerkbar; denn schon zwei Jahre nach jener grundlegenden Constitution vom Jahre 529 schritt *Justinian* zu einer Verbesserung seiner Bestimmungen. Da er auch hier, gewissermaßen als Begründung, die Aufhebung der alten *missio in rem* erwähnt, so werden wir vielleicht dadurch schon darauf hingewiesen, daß die neue Bestimmung mit jener Aufhebung in ursächlichem Zusammenhange steht, und das ist denn auch wirklich der Fall.

Wir hatten oben im § 3 gesehen, daß der Magistrat nach dem Antrage des um die *missio in rem* nachsuchenden

---

[62]) Die Worte: *„si ideo dereliquit, ut omnimodo personae ab eo honoratae ea percipiant, apparet ex eius voluntate etiam praefatas actiones esse instituendas, ut omnibus modis voluntati eius satisfiat" (l.* 1 § 3 *C.* 6, 43) sprechen doch deutlich genug, daß hier *testatoris voluntas suprema lex.* Vgl. auch *Nov.* 108 *cap.* 2 (Schlußsatz).

[63]) Das gilt entsprechend für alle Rechtsmittel des Vermächtnisnehmers. Daher gestattet *Durantis, de arte testandi,* tit. 6 *caut.* 33 mit Recht die Ausschließung des gesetzlichen Pfandrechts durch den Erblasser.

Fideikommissars die gegen dessen Recht geschehene Veräußerung als nicht geschehen behandelte. Dadurch war es dem jetzigen Inhaber unmöglich gemacht, sich auf den Erwerb vom pietätlosen Fiduciar zu berufen. Ebensowenig konnte er sich aber auch auf die von dem Veräußerer unabhängige originäre Erwerbsart durch *usucapio* oder *longi temporis praescriptio* stützen. Selbst in den Fällen, in denen *bona fides* auf seiner Seite vorlag — und wir sahen ja, daß es auch gegen den gutgläubigen Erwerber die *missio in rem* vielfach gab — selbst dann nützte ihm der Besitz während der vorgeschriebenen Zeit nach prätorischem Rechte doch nichts. Ihm fehlte ein *titulus*. Hätte der Prätor die Veräußerung nur als ungültig bezeichnet, so hätte in der späteren Zeit der Erwerber sich vielleicht auf einen Putativtitel berufen können; aber es besteht für uns gegründete Veranlassung anzunehmen, daß der Magistrat jenes Rechtsgeschäft völlig ignorierte und jede Berufung darauf abschnitt.[1])

Das Bedürfnis nach solchem Schutze mußte im neuen justinianischen Rechte bald wieder erwachen; denn nur gegen den derivativen Erwerb vom Erben schützte der unmittelbare Rechtsübergang; an inzwischen vor sich gegangenem originären Rechtserwerb bei einem Dritten mußte die *rei vindicatio* des Legatars oft scheitern. In gewissen Fällen war ja der Ersitzung gemäß den 12 Tafeln und der *lex Atinia* dadurch vorgebeugt, daß ein *pure* hinterlassener Vermächtnisgegenstand, der vom Erben veräußert war, nachdem er glaubhafte Kenntnis erlangt hatte, daß der Bedachte nicht ausschlagen würde, damit sicherlich zur *res furtiva* wurde.[2])

II. In allen darüber hinausliegenden Fällen war die Lage des Vermächtnisnehmers, der nicht sogleich auch in den Besitz der Nachlaßsache kam, gefährdet.

---

1) Vgl. *l.* 109 § 1 *D. de leg.* I°: *„ita enim eadem causa constitueretur, quae futura esset, si alienatns fundus non fuisset“.*

2) Vgl. *Seuffert*, Veräußerungsverbot, S. 84, und dazu *Salkowski* a. a. O. S. 690, Anm. 34.

Dem sollte die *l.* 3 §§ 2 ff. *C.* 6, 43 abhelfen, darin liegt ihre einzige Neuerung.[3]) In ihrem ersten Teil bringen diese Paragraphen nur die Consequenz der *l.* 1 *C. eod.* nochmals in Erinnerung. Wohl war es *secundum veterem dispositionem* — vor der *l.* 1 *C.* 6, 43 — dem Erben möglich, vermachte Nachlaßsachen mit Wirksamkeit weiter zu veräußern; denn fast alle Vermächtnisformen gaben entweder nur oder doch prinzipiell (Fideikommiß) obligatorische Ansprüche auf die vermachte Sache. Nach *Justinians* Recht war das aber durch die *l.* 1 *C.* 6, 43 ausgeschlossen worden.[4]) War das dingliche Recht *pure* vermacht, so kam es nie in die Vermögenssphäre des Erben. War es bedingt, oder was dem hier gleich steht, unter einem *dies incertus* vermacht, so galt zwar inzwischen der Erbe als der Berechtigte, aber jedes *alieno iuri applicare*[5]) wird doch mit Eintritt des Falles rescindiert; und nicht anders ist es beim Vermächtnis *ex die certo.*[6])

Nur auf alle diese Fälle bezieht sich die *l.* 3 § 2 *C.* 6, 43, soweit sie von Singularvermächtnissen spricht. Und unter diesen Fällen unterscheidet sie wieder die eine Kategorie, bei der die Veräußerung ganz sicherlich unwirksam ist oder doch wird,[7]) nämlich die Fälle des *pure* oder *sub die certo* hinterlassenen Vermächtnisses.

Für den Fall des bedingten Vermächtnisses kann der Kaiser nur vor der Veräußerung warnen, weil hier ja das

---

[3]) *v. Arndts* bei *Glück,* 46. Teil, S. 64 ff., und 48. Teil, S. 332 ff. *Windscheid,* § 648 a. E. Vgl. auch die oben S. 38 bereits wiedergegebene Äußerung *Donells ad h. l.* und ferner *Cuiacius ad tit. C.* VI. 43 *(opp.* IX. 853/4).

[4]) Nicht anders verhält es sich auch mit den vermachten Forderungsrechten des Nachlasses, an die offenbar die Constitution nicht denkt. Auch hier geht ja mit dem *dies veniens* sofort die Forderung selbst über. Entgegenstehende Verfügungen des Erben durch Cession oder andere Rechtsakte sind entweder von vornherein oder nachträglich unwirksam. Hier war ein weitergehender Schutz, wie ihn die Ersitzung bei dinglichen Rechten erfordert, unnötig.

[5]) Vgl. *l.* 7 *C. de reb. al.* 4, 51.

[6]) Vgl. *Fitting,* Begriff der Rückziehung, S. 108, Anm. 54. A. M. *Seuffert,* Veräußerungsverbot, S. 48.

[7]) *Windscheid,* § 648, Anm. 19. A. M. *Seuffert,* a. a. O. S. 57.

Vermächtnis unter Umständen hinfällig werden und das Recht des Erben konsolidiert werden kann.[8])

a. Erst im § 3 jener Constitution kommt *Justinian* zu seiner Neuschöpfung.

Hat der Belastete dennoch über die vermachten Sachenrechte verfügt, so soll wenn das Recht des Vermächtnisnehmers zur Entstehung kommt, jene Verfügung als völlig aus der Welt geschafft gelten. Wie einst bei der *in rem missio* kann jetzt auch hier selbst der gutgläubige Erwerber sich auf jenen Titel nicht berufen,[9]) die dingliche Klage des Legatars kann in der Einwendung inzwischen eingetretener Ersitzung keinen Widerstand finden. Den bösgläubigen Erwerber sucht der Kaiser noch auf einem indirekten Wege abzuschrecken. Von Eigentumserwerb kann ja bei ihm nicht die Rede sein, der Kaiser beschränkt ihn aber ferner noch in seinem Regreßanspruch gegen den veräußernden Erben. Er darf nur den hingegebenen Preis condicieren und hat, selbst bei abweichender Vereinbarung, keinen Evictionsregreß und kein Recht auf Erstattung der Aufwendungen.[10])

b. Es sind nun nur noch wenige Fälle übrig geblieben, in denen der Vermächtnisnehmer trotz seiner dinglichen Klage nicht zum Ziele gelangen kann.

Zunächst einmal bezieht sich das Ersitzungsverbot der genannten Constitution nur auf Veräußerungen *cupidine avaritiae.*

Hat also der veräußernde Erbe von dem Vermächtnis entschuldbar keine Kenntnis gehabt oder es sonst entschuldbar für unwirksam gehalten,[11]) so steht hier der Ersitzung beim Erwerber nichts im Wege.

Auf dieses Merkmal der *cupido avaritiae*[12]) kommt überhaupt bei dieser Frage alles an.

---

8) *Cuiacius, ad h. tit. C.* 6, 43. *Donellus, eod. loc.*

9) *„Lex fingit titulum defecisse." Cuiacius, l. cit.* (*opp.* IX. 854).

10) Darin sieht *Schröder,* Veräußerungsverbote S. 76 f., nur eine Folge des gesetzlichen Veräußerungsverbots des § 2 *cit.*, das das entgegenstehende Geschäft völlig vernichte.

11) *Salkowski* a. a. O. S. 688[32].

12) *Donellus, com. lib.* VII. c. 27, § 22 (*opp.* II. 648).

Ferner kann auch noch in dem Falle die dingliche Klage des Vermächtnisnehmers nicht zum Ziele führen, wenn der gutgläubige Erwerber nicht durch eine Veräußerung des Belasteten in Usukapionsbesitz gekommen ist. Auf solche Fälle bezieht sich das erwähnte Gesetz nicht, der ordentlichen Ersitzung steht hier nichts entgegen.

Ebenso kann auch die s. g. „außerordentliche Ersitzung" dem gutgläubigen Erwerber hier Eigentum verschaffen. Das ist nur eine Folge des Satzes, daß diese nach der deutlichen Ausdrucksweise des Gesetzes[13]) einen *titulus* nicht erfordert.[14]) Hat also der Legatar die ihm zustehende dingliche Klage gegen den gutgläubigen Erwerber verjähren lassen, so gelingt es ihm überhaupt nicht mehr, die vermachte Nachlaßsache an sich zu ziehen.

Die am Ende des vorigen Paragraphen entwickelte Regel findet auch hier Anwendung. Das Veräußerungs- und Ersitzungsverbot soll gleichfalls, wie wir sahen, nur dem Willen des Erblassers zur Durchsetzung verhelfen. Wo eine Veräußerung durch den Erben, trotz des sofortigen Rechtsüberganges an den Bedachten, vom Erblasser ausdrücklich oder stillschweigend, aber deutlich erkennbar gebilligt ist, da erlischt mit dieser Veräußerung das Recht des Bedachten.[15])

B. Die Obligierung des Erben und die damit zusammenhängenden Ansprüche.

a. Das Forderungsrecht selbst.

§ 7.

Wo es dem Erblasser nicht möglich war, durch das *legatum per vindicationem* Vermögensrechte unmittelbar zu verschaffen, da konnte er im vorjustinianischen Recht, wie wir sahen, den von ihm belasteten Erben in mannigfacher Weise obligatorisch binden zu Gunsten des Bedachten.

I. Das Recht *Justinians* geht weiter; in allen Fällen, selbst dort, wo der Vermächtnisnehmer *ipso iure* das zu-

[13]) *l.* 8 *C. de praescr.* XXX. *an.* 7, 39. *Seuffert* a. a. O. S. 86.
[14]) A. M. *Brinz*, § 157, gegen die herrschende Ansicht.
[15]) Vgl. *Seuffert* a. a O S. 121.

gewandte Vermögensrecht erhält, ist er nicht bloß auf diesen Erfolg angewiesen, nebenher läuft immer noch eine obligatorische Verpflichtung des Belasteten. Nicht bloß *plerumque*[1]) giebt es jetzt die *actio personalis,* sie haben vielmehr *omnes legatarii quam fideicommissarii.* Hier brauchen wir *Justinians* Worte nicht einschränkend auszulegen.

Diese obligatorische Verpflichtung ist selbst in jenen Fällen, wo die Hauptwirkung des Vermächtnisses schon von selbst eintritt, nicht ohne Einfluß auf die Rechtsstellung des Vermächtnisnehmers.

Der Erbe steht infolge davon dem Bedachten nicht wie jeder andere Dritte gegenüber, er hat gegen ihn nicht nur die allgemeinen Pflichten eines jeden Bürgers zu erfüllen und sich vor jeder Antastung seiner Rechtssphäre zu hüten. Das obligatorische Rechtsverhältnis verbindet zu positivem Thun, zur Vornahme aller der Handlungen, die im Sinne der Erfüllung des erblasserischen Willens liegen.[2])

II. Nun geht doch aber die obligatorische Verpflichtung des Erben nicht bloß auf gewisse positive Nebenleistungen, ihr Gegenstand ist die Erfüllung des Vermächtnisses in seinem ganzen Umfange selbst dort, wo das vermachte Recht von selbst schon übergeht. Wie hat man sich da das Verhältnis von obligatorischer und dinglicher Klage zu denken, wenn auch für die letztere der Erbe als Besitzer oder *desinens possidere* der rechte Beklagte ist?

[3])1. Keineswegs entspricht diejenige Auffassung den Quellen, die die Art des beim Bedachten entstehenden

[1]) *l.* 1 *pr.* § 1 *C. com. de leg.* 6, 43.

[2]) Vgl. *v. Ihering,* Passive Wirkungen der Rechte, in seinen Jahrbüchern, X. S. 524. Ein treffliches Beispiel für den Wert der obligatorischen Verpflichtung neben dem unmittelbaren Rechtsübergang giebt die *l.* 39 *pr. D. de leg.* I°. Wäre das ein Fall des alten Vindikationslegats, so könnte der Erbe, wenn er nicht etwa *dolo desiit possidere,* ruhig die Hände in den Schoß legen. Im justinianischen Recht ist zwar auch das Eigentum des flüchtigen Erbschaftssklaven bereits beim Bedachten, er kann aber den Erben noch zwingen, positive Veranstaltungen zu treffen, um ihm den Sklaven bestimmungsgemäß auszuliefern.

[3]) Vgl. hierzu *Salkowski* a. a. O. S. 49 ff.

Rechts, davon abhängig macht, ob derselbe dinglich oder obligatorisch klagend die vermachte Sache in Anspruch nimmt,[4]) so daß wir uns auch hier zu einer einschränkenden Interpretation von *omnes legatarii* in *l.* 1 § 1 *C.* 6, 43 verstehen müßten. Danach würde dinglicher Rechtsübergang nur dann eintreten, wenn der Bedachte sich für die *actio in rem* entschieden hat; doch das ist unseren Quellen völlig fremd.

Das beweist am deutlichsten die *l.* 19 § 1 *D. quemadm. serv. amitt.* 8, 6. Hier ist keine Rede davon, daß der Bedachte eine dingliche Klage zur Behauptung der vermachten Wegegerechtigkeit angestellt hat; er weiß von jenem Vermächtnis gar nichts, und trotzdem ist die Servitut bereits unmittelbar seinem Grundstück erworben, sie geht mit diesem an den Käufer über. Ebensowenig ist in *l.* 81 § 6 *D. de leg. I*⁰ möglich, daß der erste Vermächtnisnehmer oder sein Erbe durch Anstellen der *actio in rem* den Anstoß zum Eigentumsübergang gegeben habe. Der ursprünglich Bedachte und jetzige Erblasser starb, ehe er Kunde erhielt, und sein Erbe hat sich darauf beschränkt, das Vermächtnis nicht auszuschlagen. Und doch entscheidet die Stelle, daß der Legatar des ersten Legatars die Sache vindicieren könne. Es muß also schon sein *auctor*, der Erblasser, unmittelbar Eigentum an der vermachten Sache erhalten haben.[5])

2. Von der Art der Geltendmachung hängt demgemäß die Art des Rechtserwerbes nicht ab, und der Bedachte kann, ohne den sofortigen Rechtsübergang auszuschließen, in allen Fällen sein Recht aus dem Vermächtnis auch mit der obligatorischen Klage gegen den Erben geltend machen. Er darf deshalb die obligatorische Klage nicht auf Übertragung des betreffenden Rechtes selbst richten, das hat er schon von selbst erworben. Schon *Donellus*[6]) macht unter

---

[4]) So *Göschen*, § 1448, S. 633.

[5]) Vgl. ferner noch: *l.* 44 § 1 *D. de leg.* I⁰. *l.* 15 *D. de reb. dub.* 34, 5. *l.* 65 (64) *D. de furtis* 47, 2. (Besprochen oben auf S. 5.) *l.* 13 § 3 *D. ad leg. Aq.* 9, 2.

[6]) *Donellus, com. lib.* VIII. *c.* 36 *nr.* 7 (*opp.* II. 1095), *ad Cod. tit.* 6, 43 (*opp.* IX. 693).

Berufung auf § 14 *J. de act.* 4, 6 darauf aufmerksam, daß logisch die *intentio* seiner obligatorischen Klage nicht auf *dare* lauten dürfe, sondern nur auf *restituere* oder *tradere possessionem.*[7]) Er vergleicht treffend dies Verhältnis zwischen dinglicher und obligatorischer Klage mit der häufig vorkommenden Konkurrenz von *rei vindicatio* und *actio depositi* und *commodati.*[8])

Dieses obligatorische Recht entsteht für den Bedachten gleichfalls *ipso iure,* ohne daß eine Annahmeerklärung erfordert würde, ohne daß er vom Vermächtnis Kunde erhalten hat.[9])

III. Über den Grund, auf dem jenes Forderungsrecht steht, erteilt eine klare Antwort nur das alte Recht, wenn es die Forderungsklage als *actio ex testamento* bezeichnet. Der Wille des Erblassers ist es, auf den der Legatar sein Forderungsrecht gründet, wie er andrerseits z. B. mit einer *actio ex stipulatu* ein Recht geltend macht, das er sich selbst durch eigene That verschafft hat.[10]) Um aber auch diese Verpflichtung in ihr System zu spannen, bezeichnete sie die spätere Jurisprudenz als *quasi ex contractu* entstanden. Wir haben es hier nur mit einer s. g. „Resteinteilung" zu thun. Als vertragsmäßig übernommen konnte man jene Verpflichtung nicht bezeichnen, da der Verpflichtete auf die „eigentliche Entstehung und Beschaffenheit der Verpflichtung" gar keinen Einfluß hat.[11]) Von einem Delikt konnte natürlich auch nicht die Rede sein. Da aber die Art der Verpflichtung sich mehr einer kontraktlichen als einer deliktischen näherte, so nannten sie sie *quasi ex contractu* entstanden.[12])

Mag man auch diese Kategorie mit *Salkowski*[13]) „systematisch völlig wertlos" nennen, ganz unfruchtbar war diese

7) Vgl *l.* 82 *pr. D. de verb. obl.* 45, 1.

8) So auch *Windscheid,* § 647, Anm. 3.

9) Vgl. *l.* 16 § 1 *D. qui test. fac.* 28. 1. *l.* 24 *pr. D. de obl. et act.* 44, 7. *l.* 77 § 3 *D. de leg.* II⁰. *l.* 6 *C. quando dies* 6, 53.

10) Vgl. *Unger,* Verträge zu Gunsten Dritter, in *Iherings* Jahrb. X. S. 22.

11) *v. Savigny,* System, VIII. S. 239.

12) § 5 *J. de obl. quasi ex contr.* 3, 27. *l.* 5 § 2 *D. de obl. et act.* 44, 7.

13) a. a. O. S. 54, Anm. 89.

„Fiktion“ nicht. Man wollte damit zugleich ausdrücken, daß in Bezug auf die das Verhältnis beherrschenden Grundsätze die Verpflichtung so angesehen werden sollte, als sei sie aus einem Kontrakte entstanden.[14]) In diesem „Bilde“ bleiben die Juristen auch häufig, wenn sie Folgerungen aus jener Vermächtnisobligation ziehen, nur zu diesem Zwecke konstruieren sie den Erbschaftsantritt als Übernahme einer kontraktlichen Verpflichtung.[15])

Wenn auch *Ulpian*[16]) einmal diese rein bildliche Ausdrucksweise verläßt und von einem *contrahere* des Erben mit den Legataren spricht, so ist das nur eine ungenaue Ausdrucksweise; er war wohl sicher, nicht mißverstanden zu werden. Denn in Wirklichkeit ist der Inhalt der Obligation schon vorher vom Erblasser festgestellt. Daher denn auch z. B., wenn es sich um die Auslegung streitiger Punkte in Bezug auf die Verpflichtung handelt, es auf die Erkundung des Willens des Erben nicht ankommt; nach dem Willen des Erblassers wird die Verpflichtung näher bestimmt. Der Eintritt des Erben ist freilich auch erforderlich, eine *obligatio* ohne Schuldner ist ein Unding. Ist der Erbe aber in die Verpflichtung eingetreten, so gilt sie als mit dem Tode des Erblassers als dem Tage, da das Vermächtnis wirksam wird, entstanden.[17])

IV. Ist dann auch der Tag gekommen, mit dem nach dem Willen des Erblassers der Bedachte sein Recht geltend machen soll,[18]) so entsteht jetzt für ihn eine obligatorische Klage. Ihr Charakter muß damals, als *Justinian* sie schlechthin allen Vermächtnisnehmern gab — *l.* 1 *C.* 6, 43 —

---

[14]) Daß die Quellen freilich nur das sagen wollen und einen systematischen Begriff des Quasikontrakts gar nicht kennen, vermögen wir nicht mit *Eisele* („Über Nichtigkeit obligatorischer Geschäfte“ in *Iherings* Jahrb. XXV. S. 449) anzunehmen.

[15]) *l.* 3 § 3. *l.* 4 *D. quib. ex. caus.* 42, 4. Ebenso *Donell, ad Cod. tit.* 6, 43. *„contrahere videtur,“ „videtur suscipere“.*

[16]) *l.* 19 *pr. D. de reg. iur.* 50, 17.

[17]) *v. Savigny* a. a. O. S. 239. *Sintenis,* Civilrecht III., S. 510. *Salkowski* a. a. O. S. 57.

[18]) Mit dem *dies cedens* hat dieser Zeitpunkt nichts zu thun, wenn sie auch gewöhnlich zusammenfallen. A. M. *Unterholzner,* S. 502.

nicht unstreitig gewesen sein; denn der Kaiser bezeichnet sie nicht näher, und doch gab es bis zu dieser Constitution aus der Vermächtnisobligation zwei ganz verschiedene persönliche Klagen, die eine mit dem Vorzug der Litiscrescenz, die andere in der freieren Behandlung dieser wieder überlegen.

Erst die *l.* 2 *C.* 6, 43 löste dann diesen Zwiespalt. Nach den von ihr angedeuteten Gesichtspunkten mußte jetzt die neue Klage die freiere Behandlung der Fideikommißklage mit der Litiscrescenz der Klage aus dem Damnationslegat vereinen. Keineswegs wurde schon mit diesem Gesetz die *fideicommissi persecutio* und deren Grundsätze schlechthin herrschend, wie *Marezoll* behauptet hat.[19]) Ebensowenig hat die *l.* 45 (46) §§ 7 und 7a *C. de episc. et cler.* 1, 3 (*a.* 530) die alte Litiscrescenz berührt. Das dort frommen Vermächtnissen erteilte Vorrecht ist gar nicht dasselbe wie die Litiscrescenz und wird nur mit ihr verglichen, ohne daß jene zugleich aufgehoben wird.[20])

Daß das damals noch nicht geschah, beweist auch *Justinians* Darstellung in seinen Institutionen.[21]) Aus der letzteren geht aber zugleich hervor, daß späterhin, also sei es zwischen *l.* 1 *C.* 6, 43 (*a.* 531) und der Verkündigung der Institutionen (21. Nov. 533) durch ein uns nicht erhaltenes spezielles Gesetz oder erst durch das Inkrafttreten dieses Gesetzbuchs selbst (30. Dez. 533) jener Vorzug der obligatorischen Vermächtnisklage ganz abgeschafft wurde. Erst damit war die Klage der alten obligatorischen *fideicommissi persecutio* völlig gleich geworden, und daraus erklärt es sich, daß *Justinian* später die persönliche Klage schlechthin als *fideicommissi persecutio* bezeichnen konnte.[22]) Mit dieser Klage wendet sich nun der Bedachte lediglich gegen den Belasteten oder dessen Erben und verlangt damit alle die Leistungen, die nach freiester Auslegung[23]) dem Willen

19) a. a. O. S. 276.
20) *v. Arndts* bei *Glück*, 46. Teil, S. 78.
21) § 7 *J. de obl. quasi ex contr.* 3, 27.
22) *Novella* 108, *cap.* 2 (*a.* 541).
23) Ein interessantes Beispiel für die mit der persönlichen Klage

des Erblassers gemäß dem Vermächtnisnehmer zukommen sollen. Die vom Erblasser gewünschte Handlung selbst ist zu leisten,[24]) nur in Ausnahmefällen[25]) kann sich der Belastete aus Gründen der Billigkeit von der Naturalleistung befreien durch Zahlung der *vera (iusta) aestimatio*, des Sachwertes, nicht des Wertes für den Bedachten. Wohl aber haftet er auf das volle Interesse, wenn durch eine Verletzung seiner Pflichten die Leistung selbst unmöglich geworden ist; denn aus dem obligatorischen Verhältnis ist er dem Bedachten zur Sorgfalt im weitesten Sinne, zur *diligentia* des *bonus paterfamilias* verpflichtet, wenn ihm nur ein Vorteil aus der Erbschaft bleibt. Anderenfalls — z. B. wenn der Erblasser die *Quarta Falcidia* ausgeschlossen hat — steht der Erbe nach der allgemeinen Regel des Vertragsrechts, die hier analoge Anwendung findet, nur für *dolus* und die dem gleichstehende *culpa lata*[26]) ein. Entsprechend der freieren Natur der *fideicommissi persecutio* treten jetzt auch immer bei der Vermächtnisklage die sonst gewöhnlichen Verzugsfolgen ein,[27]) während der alten strikten Klage aus dem Damnationslegat der Begriff der *mora* fremd gewesen war.[28]) Der Eintritt des Verzuges ist hier nicht anders als sonst zu bestimmen. Wenn die letztangeführten Codexstellen nur von Verzugszinsen nach der Litiskontestation sprechen, so haben

---

verfolgbaren Nebenleistungen bringt *S. A.* IV. No. 238. Dort war das Eigentum an dem vermachten Gute, das an einen Dritten verpachtet war, unmittelbar übergegangen. Die vom Pächter hinterlegte Kaution sollte nach dem Willen des Erblassers sicherlich auch dem Legatar zufallen. Da es sich aber um nicht individualisiertes Geld handelt, ist unmittelbarer Übergang unmöglich. Nur mit der persönlichen Klage erlangt er die Herausgabe vom belasteten Erben.

[24]) *l.* 11 § 25 *D. de leg.* III°.

[25]) Vgl. *l.* 71 § 3. 4 *D. de leg.* I°. *l.* 14 § 2. *l.* 30 § 6 *D. de leg.* III°. *l.* 61 *D. ad leg. Falc.* 35, 2. *l.* 31 § 4 *D. de fid. lib.* 40, 5.

[26]) *l.* 108 § 12 *D. de leg.* I°. Vgl. *l.* 23 (22) § 3 *D. ad. S. C. Trebell.* 36, 1 (erster Fall). Vgl. *Windscheid,* § 647. A. M. *Salkowski,* a. a. O. S. 232.

[27]) *l.* 23 *D. de leg.* I°. *l. 8 D. de usur.* 22, 1. *l.* 78 § 2. *l.* 84 *D. de leg.* II°. *l.* 26 *D. de leg.* III°. *l.* 1. 4 *C. eod.* 6, 47.

[28]) *Gaius,* II. 280. *v. Ihering* a. a. O. S. 525.

sie Fälle im Auge, wo erst mit dem Streitbeginn der Verzugsfall gegeben war,[29]) ohne daß sie es ausschließen, daß hier schon früher der Verzug mit seinen gewöhnlichen Folgen eintreten könne.[30]) Besondere Verzugsfolgen bestehen nur für Vermächtnisse zu frommen Zwecken.[31])

Für die *pia corpora* giebt es aber noch eine andere Begünstigung im justinianischen Recht, die wegen ihrer Ähnlichkeit mit der Litiscrescenz hier schon erörtert werden mag. Danach soll bei diesen Vermächtnissen noch die Strafe der Verdoppelung des Streitgegenstandes eintreten, wenn der Belastete es zur Klage kommen läßt. Da es sich hier nicht um eine Prozeßstrafe,[32]) überhaupt um keine das Verfahren betreffende, sondern eine materiellrechtliche Vorschrift handelt, wird auch ihre heutige Geltung ziemlich allgemein anerkannt.[34]) Wir können auch nicht mit *Lothar Seuffert*[35]) in dieser Bestimmung nur eine Strafandrohung wegen Ungehorsams gegen kirchliche Befehle erblicken. Daß die Stärkung der bischöflichen Autorität der hauptsächliche Beweggrund für dieses Gesetz gewesen ist, kann nicht anerkannt werden. Ihm liegt vielmehr der von *Justinian* oft betonte Gedanke zu Grunde, die Vermächtnisse zu frommen Zwecken besonders zu begünstigen. Diese Vermächtnisse hatte der Kaiser schon besonders im Auge, als er in *l.* 1 *C.* 6, 43 den Grund für die Vermehrung der Rechtsmittel legte. Obwohl er ihnen damals noch keine Sonderstellung einräumte, sagt er doch in den Motiven[36]) dieses Gesetzes, daß ihn die Rücksicht auf diejenigen Vermächtnisse, *quae piis actibus sunt deputata,* ganz besonders zur Verstärkung

---

29) Vgl. *l.* 3 *pr. D. de usur.* 22, 1.

30) Vgl. *l.* 3 *C. in quib. caus.* 2, 40 (41). *Donellus, com. lib.* VIII, *cap.* 36, § 3.

31) Vgl. *Nov.* 131, *cap.* 12. *l.* 45 (46) § 4. 5 *C. de ep. et cler.* 1, 3.

32) Anders wäre es, wenn es sich hier noch um die alte Infitiationsstrafe beim *leg. per damn.* handelte.

34) *Windscheid,* § 263, Anm. 15.

35) *L. Seuffert, Poenae temere litigantium,* im Archiv f. civ. Prax., 67. Band, S. 362 fg. Ihm stimmt bei *Dernburg* III, § 99, Anm. 10.

36) *l.* 1 § 3 *C. com. de leg.* 6, 43.

des Rechtsschutzes bestimmt habe.[37]) Eine weitere Ausgestaltung jenes Gedankens finden wir in der *l.* 45 (46) § 7 *C.* 1, 3, die nur ein Jahr später erging. Wir können also in jener Bestimmung nicht mit *Seuffert* einen „Bestandteil des Kirchenverwaltungsrechts" sehen, das die neuere Zeit aus dem recipierten[38]) Rechtsstoff wieder ausgeschieden habe; die Strafe ist vielmehr noch Gesetz und wird bis heute noch zur Entrichtung der zu frommen Zwecken geschuldeten Vermächtnisse[39]) als ein besonders wirksames Mittel antreiben.

b. Die Verstärkungsmittel des Forderungsrechtes.

aa. Die reale Sicherheit für die Durchsetzung.

α. Das gesetzliche Pfandrecht.

§ 8.

I.[1]) Im klassischen Rechte war es lange Zeit hindurch unmöglich, dem Bedachten für die Durchsetzung seiner Forderung eine dingliche Sicherheit in Form des Pfandrechts unmittelbar zu verleihen. Für die letztwillige unmittelbare Bestellung dinglicher Rechte kam ja nur das *legatum per vindicationem* in Betracht, das aber zunächst nur dem *ius civile* und dessen Instituten offenstand.[2]) In spätklassischer Zeit muß sich das bereits geändert haben, denn

---

[37]) Vgl. ferner die oben angeführte Bestimmung über den Verzug bei diesen Vermächtnissen in *Nov.* 131 *cap.* 12, in der außerdem noch bestimmt wird, daß diese Legate dem Rechte des Erben auf die falcidische Quart vorgehen.

[38]) Daß diese Bestimmung in der deutschen Praxis Boden gefunden hat, beweisen *Müller, ad Leyser., observ.* 38. *Lauterbach, coll. theor. pract. ad libros de leg.* No. 55. *Böhmer, de act.* II. *c.* 3, § 77. *Heineccius, elem. iuris* IV. 6, §§ 11. 27.

[39]) Es sind die Vermächtnisse an die Kirche, die Armen und an Wohlthätigkeitsanstalten. Vgl. *Unger*, Das österreichische Erbrecht, § 64, Anm. 6.

[1]) Vgl. *Dernburg,* Pfandrecht, I. § 33.

[2]) Nach *Scheurl*, Krit. Viertelj.-Schrift II. S. 454, lag das Hindernis nicht in der Ungeeignetheit der Formen, sondern in der Vertragsnatur, die dem Verpfändungsgeschäfte lange anhaftete.

Justinian berichtet[3]) uns, daß es zu seiner Zeit bereits allgemeine Übung war, diese Sicherung durch letztwillige Verfügung dem Vermächtnisnehmer zu verleihen[4]) — natürlich nur an Nachlaßsachen unmittelbar.

Um ihre Rechtsstellung noch mehr zu sichern, erhebt *Justinian* dieses Pfandrecht zum gesetzlichen, so daß es jetzt überall eintritt, wo der Erblasser nicht ausdrücklich das Gegenteil bestimmt hat.[5])

II. Es ist nur eine Konsequenz des oft betonten Grundsatzes, daß auch dieses unmittelbar eintretende dingliche Recht vom Gesetz ausdrücklich auf die *res testatoris — quas a testatore (sc. oneratus) consecutus est* ausdrücklich beschränkt wird.[6])

1. In diesen Worten liegt zugleich, daß Sachen, über die der Erblasser unmittelbar letztwillig verfügt hatte, gar nicht in die Pfandhaftung eintreten können, wenn nicht etwa späterhin der damit Bedachte ausschlägt. Diese Rechte sondern sich ja von vorn herein von der übrigen Nachlaßmasse und kommen an den Erben selbst entweder niemals oder bei bedingten und betagten Vermächtnissen nur so, daß späterhin ihr Eintritt in seinen Vermögenskreis mit Eintritt des Termins oder der Erfüllung der Bedingung nach rückwärtshin völlig aufgehoben wird. Daraus folgt schon, daß der mit dem Eigentum einer Nachlaßsache Bedachte für die nebenher laufende Forderung niemals an dieser Sache selbst ein Pfandrecht erlangt haben kann. Dazu bedarf es nicht der Begründung aus dem Satze: *Pignus rei suae consistere non potest.*[7])

---

[3]) *l.* 1 § 2 *C. com. de leg.* 6, 43.

[4]) *Salkowski* bestreitet die allgemeine Gebräuchlichkeit mit Rücksicht auf die wenigen Quellenbeispiele, a. a. O. S. 675. Aber man vergleiche *l.* 26 *pr. D. de pign. act.* 13, 7 *(„saepissime rescripsit“).*

[5]) In Gemäßheit des am Ende von § 5 entwickelten Grundsatzes. Für diesen speziellen Fall stimmen bei: der dort schon genannte *Durantis,* ferner *Dernburg,* Pfandrecht, I. S. 333.

[6]) *l.* 1 §§ 3 u. 4 *C.* 6, 43. Ferner *l.* 1 § 5 *eod. „quae a testatore ad eum pervenerint“.*

[7]) Diese Begründung zum Teil neben der richtigen bei *Harpprecht, com. ad Inst.* II. 20, § 2, *nr.* 20 u. 22. *Vinnius, Instit. imp. com.* II. 20,

2. Noch in anderer Beziehung haben jene Worte *„quae a testatore ad eum pervenerint“* eine mißverständliche Deutung gefunden. Man hat gemeint, nur diejenigen Sachen würden von *Justinian* dem Pfandnexus unterworfen, welche bei der schließlichen Erbteilung an den einzelnen Erben gelangten. Aber diese Ansicht ist wohl irrig. Vielmehr ist von vorn herein das Pfandrecht des Vermächtnisnehmers an dem Teil der Nachlaßstücke fest bestimmt, der sich durch den *concursus* mehrerer Erben gebildet hat. Eine spätere Erbteilung kann daran nichts ändern. Sonst könnte dadurch die Lage des Honorierten wieder verschlechtert werden.[8]) Wie leicht können die Erben absichtlich die Teilung zum Nachteil des Bedachten vornehmen, und selbst wenn keine böse Absicht vorliegt, könnte die Rechtslage des Legatars durch eine solche Teilung erschüttert werden, wenn z. B. dem einen Erben das Nachlaßgrundstück, dem anderen eine Abfindung in Geld zugesprochen wird.[9])

III. Im übrigen haftet der ursprüngliche Erbteil des einen von mehreren Erben nur so weit, als er selbst das Vermächtnis zu entrichten hat.[10]) Darin sieht schon die *Glosse* und mit ihr eine Reihe älterer Schriftsteller[11]) eine Ausnahme von der Grundregel des Pfandrechts: *Pignoris causa est individua.* Doch bereits *Donellus*[12]) findet darin

---

§ 2, *not.* 4. *Bachovius vol.* II. *disp.* 13 *th.* 7 *E. Brunnemann, com. in Cod.* 6, 43, § 3. *Lauterbach, ad lib.* XXX—XXXII. § 45. Ebenso argumentiert sogar auch *Donellus, com. lib.* 8, *cap.* 36, § 8 u. *ad Cod. tit.* 6, 43. Dagegen läßt *Perez ad Cod.* 6, 43, § 3, wirklich auch die vermachte Sache dem Pfandnexus unterliegen, *quia tantum est dominus civiliter . . . non vero et naturaliter. Nondum perfecte res est eius. (!)*

8) Vgl. *v. Löhr*, Pfandrecht des Legatars, im Archiv f. civ. Prax., V. S. 217. *Salkowski* a. a. O. S. 675 ff.

9) *Anton Faber, Codex. Fabr. lib.* 6, Tit. 23, *def.* 7 ist entgegengesetzter Ansicht mit der, wie wir sahen, irrigen Begründung: *„quomodocunque divisio fiat, nihil interest legatarii.“*

10) *l.* 1 § 5 *C. h. t.* 6, 43.

11) *Glosse in omnibus ad l.* 1. *C.* 6, 43. *Lauterbach*, XX. 2, § 64. 45. *Voet*, XX. 2, § 21. *Brunnemann, com. in Cod.* 6, 43, § 7. *A. Faber, Cod. Fabr.* VI. Tit. 23, *def.* 7. *A. Faber, err. pragm. dec.* 48, *err.* 9.

12) *Donellus, ad h. tit. Cod.* 6, 43.

keine *nova aut singularis ratio iuris* und ihm ist nur beizustimmen. Denn in Wirklichkeit handelt es sich nicht um eine einheitliche Vermächtnisschuld, die nachher unter die mehreren Belasteten geteilt wird, sondern mit dem Eintritt mehrerer Erben sind zugleich mehrere Einzelforderungen entstanden,[13]) die selbst wieder einzeln durch das gesetzliche Pfandrecht an der Nachlaßquote versichert sind.[14])

IV. Die sonst so wichtige Frage nach der Datierung des Pfandrechts ist hier nicht unbestritten.[15]) Die einen lassen es erst mit dem Erbschaftsantritt, die anderen schon mit dem Tode des Erblassers beginnen. Praktische Verschiedenheiten hat die Controverse nicht zur Folge; denn in der Zwischenzeit zwischen Tod und Erbschaftsantritt können durch den Erben Pfandrechte, die im Range der Vermächtnishypothek vorgehen, gar nicht bestellt werden; denn deren Wirksamkeit beginnt auch erst nach dem Erbschaftsantritt.[16]) Für die theoretische Konstruktion ist aber daran festzuhalten, daß es auf den Augenblick, in dem die zu sichernde Forderung für den konkreten Fall fest bestimmt wird, d. h. auf den Erbschaftsantritt bezw. den Eintritt der Bedingung, für den Rang des Pfandrechts gar nicht ankommt.

Auch sonst gilt ja bei konventionellen Pfandrechten für bedingte und ähnliche Forderungen als Zeitpunkt ihrer Entstehung nicht der Tag, an dem die versicherte Forderung wirklich fällig und klagbar wird, sondern der Zeitpunkt, an dem „zur Forderung in einer den Schuldner bindenden Weise der Grund gelegt wurde.“[17])

---

13) *l.* 33 *pr. D. de leg.* II⁰.

14) *v. Löhr* a. a. O. S. 214. *Dernburg*, Pfandrecht, I. S. 330. Nur *Glück* bezeichnet XIX. S. 177 mit *von Ende* diese „gemeine Meinung als gemeinen Irrtum“.

15) *Dernburg*, Pfandrecht, I. 332. *Huschke* in der Zeitschr. f. Civilrecht und Proz., XX. S. 152. *Vangerow*, § 376⁴. *Sintenis*, Pfandrecht, S. 376. *Glück*, XIX. S. 170 fg. *Hepp* im Archiv f. civ. Prax., X. S. 276.

16) *l.* 16 § 7 *D. de pign.* 20, 1. *Huschke* a. a. O. S. 151/2. *Dernburg* a. a. O. S. 291.

17) *Windscheid*, § 244.

Das geschah nun hier mit dem Tode des Erblassers, mit dem dessen letztwillige Verfügungen sämtlich gleichzeitig in Kraft traten.

Daher haben denn auch die Pfandrechte der einzelnen Legatare sämtlich gleichen Rang,[18]) mögen auch die Vermächtnisse selbst zu ganz verschiedener Zeit — etwa in mehreren nebeneinander geltenden Urkunden — angeordnet worden sein, mag fernerhin das Vermächtnis *pure*, bedingt oder betagt sein.

V. Nur in der Endigung der Pfandhaftung hat dieses gesetzliche Pfandrecht noch eine Besonderheit aufzuweisen. Wie überall die Erbschaftsgläubiger in der Befriedigung den Vorzug vor den Vermächtnisnehmern haben,[19]) so treten auch hier diejenigen Erbschaftssachen aus dem Pfandnexus, die zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger verwandt worden sind, auch wenn diese bloße „Chirographargläubiger" sind.[20]) Die Vermächtnisnehmer haben also für den gültig gebliebenen Teil der Vermächtnisforderung nur ein „relatives" Pfandrecht.

VI. In allen anderen Fällen aber kann selbstverständlich der Bedachte die gesamten Nachlaßgegenstände, die an den Erben gelangt sind, gegen jeden dritten *possessor* oder *fictus possessor* mit der *actio hypothecaria* verfolgen, sobald seine Forderung fällig ist oder sonst sein Interesse nach dem Ermessen des Richters eine frühere Herausgabe fordert.[21]) Daß die Pfandklage immer nur nach erlangter Separation eintritt, ist eine ganz unbewiesene Behauptung *Glücks.*[22]) Die *l.* 1 *C.* 6, 43 spricht von dieser Voraussetzung gar nicht.

Ebenso ist irrig, was *Faber*[23]) über den Charakter dieser *actio hypothecaria* schreibt. Er berühmt sich aus *l.* 1 *C.* 6, 43 Folgendes herausgelesen zu haben: *„Hypothecariam illam eius*

[18]) *Lauterbach*, XX. 2, § 67. *Voet*, XX. 2, § 22.
[19]) Vgl. namentlich *l.* 22 § 5 *C. de iure delib.* 6, 30.
[20]) *Lauterbach*, XX. 2, § 67. *Dernburg* a. a. O., I. S. 333.
[21]) *l.* 14 *pr. D. de pign.* 20, 1.
[22]) *Glück*, XIX. S. 174.
[23]) *Faber, err. praym., dec.* 48, *er.* 9.

esse naturae, ceteris omnibus hypothecariis differentis, ut non contra possessorem quemlibet detur, sed contra heredes solos et ita demum, si possideant, nec tamen quatenus possident, sed quatenus sunt heredes. Quid nescio an quisquam dixerit ante hunc diem" und weiterhin „*ut non adversus alium daretur quam adversus eum, qui et ipse personali actione conveniri potest.*" Aber ebensowenig wie vor ihm hat nach ihm nochmals Jemand[24]) diese Ansicht verfochten. Sie beruht auf einem Mißverständnis der *l.* 1 § 5 *C. cit.* Jene Worte wollen nicht sagen, daß die dingliche Bindung nur so lange besteht, als die Nachlaßsachen sich beim ursprünglichen Schuldner befinden, sie wollen nur die Höhe der Belastung jeder Nachlaßquote angeben. Diese Belastung aber bleibt mit der einen oben genannten Ausnahme bestehen bis zur völligen Tilgung der Forderung, auch wenn nachher ein Dritter in den Besitz der Sache kommt. Eine Klage mit so beschränktem Anwendungsgebiet, wie sie *Faber* konstruiert, konnte dem Bedachten kaum eine erhöhte Sicherheit bieten und würde auch sicherlich nicht vom Kaiser „*utilis Serviana*" genannt worden sein.

VII. Diese Sicherung des Vermächtnisnehmers hat im heutigen gemeinen Recht nur ein recht beschränktes Anwendungsgebiet. Das ursprünglich recipierte römische Pfandrecht mit seinen General- und vielen Legalhypotheken hat allmählich auf dem Wege der Landesgesetzgebung, und in gewissem Sinne auch im Reichsrecht[25]) jetzt schon, den gesünderen deutschen Grundsätzen der Specialität und Publicität weichen müssen. Damit ward dann das römische gesetzliche Pfandrecht zu einem Anspruch auf Pfandbestellung, zu einem bloßen „Pfandrechtstitel".[26])

---

[24]) Nur *Brunnemann, com. ad Cod. tit.* 6, 43, § 11, referiert noch diese Ansicht, ohne sich ihr anzuschließen.

[25]) Vgl. E. G. z. K.-O. § 14. C.-P.-O. § 710.

[26]) *Dernburg*, I. § 265.

β. Der Anspruch auf *cautio legatorum servandorum causa*, seine Durchsetzung im römischen und heutigen gemeinen Recht.

§ 9.

I. War eine derartige unmittelbar eintretende Sicherung des Forderungsrechts, wie sie die gesetzliche Hypothek schuf, dem alten Rechte zu bewirken unmöglich gewesen, so hatte doch der Prätor auf einem Umwege in gewissen Fällen bereits eine Sicherstellung des Vermächtnisnehmers für seine Forderung herbeigeführt. Da diese prätorische Schöpfung dem Legatar Mittel an die Hand gab, die noch besser als die gesetzliche Hypothek geeignet waren, die Erfüllung des Vermächtnisanspruchs zu bewirken, so hat auch *Justinian* sie in sein Gesetzbuch aufgenommen, ja in gewissem Sinne sogar ihr Geltungsgebiet noch erweitert; denn die Fälle, in denen ein Forderungsrecht gegen den Belasteten vorlag, waren im vorjustinianischen Recht, wie wir sahen, weniger zahlreich.

Schon früh,[1]) sicherlich vor der Klagbarkeit der Fideikommisse, hatte nämlich der Prätor zunächst zum Schutze noch nicht fälliger Forderungen aus einem bedingten oder befristeten „Legat" im e. S. dem Legatar einen sofort eintretenden Anspruch auf *cautio* gegeben, dahin gehend, daß der Belastete sich verpflichte, das fällige Vermächtnis zu entrichten und eine Sicherheit dafür durch die damals als bestes Kreditmittel[2]) angesehene Bürgenstellung gewähre.[3])

Die Praxis dehnte diesen Anspruch dann auf Fideikommisse aus und gab ihn unter Umständen sogar für bereits fällige Vermächtnisse.[4])

1. Hier, für die bereits fälligen Vermächtnisse, ist die *cautio legatorum servandorum causa* ein Mittel gegen Verzögerungen des Prozeßbeginnes.[5]) Entzog sich nämlich der

---

[1]) *arg. l.* 1 § 15 *D. h. t.* 36, 3 (*Ofilius* — also zur Zeit *Cäsars*). Vgl. *Lenel, ed. perp.*, S. 297, Anm. 1.

[2]) *Dernburg*, I. § 261[3].

[3]) *l.* 1 *pr. D. h. t.* 36, 3. Vgl. *l.* 7 *D. de stip. praet.* 46, 5.

[4]) *Lenel, ed. perp.* S. 297, Anm. 8. *l.* 14 *pr.* 15 *D. h. t.* 36, 3. *tit. Dig. ut leg. seu fideic. causa cav.* 36, 3.

[5]) *Kniep*, §§ XIII—XVI.

Beklagte der Ladung des Klägers, so hatte das alte Recht keine Mittel hiergegen, und dem Beklagten war es auf diese Weise möglich, die Entrichtung des fälligen Vermächtnisses auf lange Zeit hinauszuschieben. Das sind die *nonnullae morae exercitio iudicii*, von denen *Paulus* in *l.* 15 *pr. D.* 36, 3 spricht.[6]) Erst der Prätor brachte hier Abhilfe. Wie für andere Gläubiger in solchem Falle von ihm die *missio rei servandae causa* gegeben wurde, so gab er hier zunächst dem Vermächtnisnehmer einen Anspruch auf die *cautio*, um auf diesem Umwege, falls diese verweigert wurde, eine der vorgenannten ähnliche *missio leg. serv. causa* zu gewähren. Daraus erklärt sich, daß für diesen Fall der bereits fälligen Vermächtnisse die Pflicht zur Kautionsleistung aufhörte, wenn der Kläger mit dem Beklagten die Litiskontestation vornehmen konnte.[7])

2. In allen übrigen Fällen ist der einzige Zweck jenes prätorischen Anspruchs, eine Sicherstellung des Vermächtnisnehmers für seine erst in Zukunft existent werdende *actio* zu schaffen, so daß eine Verschleuderung des Erbgutes seiner Forderung nicht mehr schadet. Man hielt diese Sicherung des Legatars für derartig im öffentlichen Interesse liegend, daß man ursprünglich nicht einmal ihren testamentarischen Erlaß gestattete;[8]) erst eine Konstitution *Mark Aurels*[9]) brachte auch an dieser Stelle den Grundsatz zur Geltung, daß der Vermächtnisnehmer nicht mehr Rechte erhält als ihm der Erblasser zuweisen wollte.[10])

---

[6]) *Kniep*, S. 33.

[7]) *l.* 1 §§ 9. 10 *D. h. t.* 36, 3. *l.* 3 *pr. D. ut in poss.* 36, 4. Bei *Cuiacius, observationes, lib.* XV, *cap.* 10, ist als Grund hierfür angegeben: *quia hac via consequendi legati contentus fuisse legatarius videtur.* Es kommt aber auf den Willen des Legatars gar nicht an. *l.* 3 *pr. D.* 36, 4 beweist, daß, wenn auch nur der Beklagte den Prozeß will, der Vermächtnisnehmer das Recht auf *cautio* verliert.

[8]) *v. Savigny*, System, III. S. 460 f. *S. A.* V. No. 206. *Kniep*, S. 1.

[9]) *l.* 2 *C. ut in poss.* 6, 54, vgl. *l.* 12. 18 *pr. D. h. t.* 36, 3. *l.* 4. 7 *C. ut in poss.* 6, 54.

[10]) Vgl. oben § 5 am Ende. Über Befreiungen von der Kautionsleistung vgl. *l.* 1 § 18; *l.* 6 § 1; *l.* 7 *D. h. t.* 36, 3. *l.* 52 (50) *D. ad S. C. Treb.* 36, 1. Eine fernere Befreiung von der Kautionspflicht in

II. Wo nun eine solche Pflicht zur Kautionsleistung vorlag, da konnte darauf nicht mit einer *actio* geklagt werden. Hier gab vielmehr, wie wir schon sahen, der Prätor kraft seines *imperium* ein der prätorischen Rechtsfortbildung charakteristisches Mittel. War die Kaution nicht gestellt — es genügt, daß der Bedachte daran schuldlos ist[11]) — so erhält der Vermächtnisnehmer eine *missio in bona hereditaria* und damit die Befugnis, alle Erbgüter, die auf den Teil des Onerierten gefallen waren, zu detinieren, unter Umständen *(causa cognita)* geht das Recht sogar gegen bereits dolos veräußerte Güter.[12]) Sind körperliche Nachlaßstücke nicht vorhanden, so werden ihm die Forderungen des Nachlasses überwiesen.[13])

Dadurch sollte nun sein Anspruch nicht auf direktem Wege verwirklicht werden, so weit gingen die Befugnisse des Eingewiesenen gar nicht; denn er hatte kein Recht, den Erben aus dem Besitze zu vertreiben,[14]) in der Regel hat er auch nicht einmal ein Recht auf Unterhalt aus der Erbschaft.[15])

Im übrigen durfte der Eingewiesene nur die Bewirtschaftung des Erben beaufsichtigen, von ihm unterlassene

---

einem singulären Falle bezieht sich nur auf Universalvermächtnisse (*l.* 6 § 1[a] *C. ad S. C. Treb.* 6, 49) und ist daher hier noch nicht zu erörtern. Die Ausdehnung, die man dieser Bestimmung vielfach gegeben hat — *Stryk,* XXXVI. 3, § 33, *Sintenis,* Civilrecht, III. § 137, Ziff. 4, *v. Vangerow,* § 227, Anm. 1, I[d] — ist gegen das Gesetz selbst; denn *Zeno* verbietet darin jede Erstreckung auf andere Fälle und Personen. *Justinian* hat dann später in *Nov.* XXII *cap.* 41 nur ein kurzes ungenaues Referat der *Zeno*schen Constitution geben wollen, die er vollinhaltlich billigt und nicht abändern wollte. Vgl. *Marezoll* in *Lindes* Zeitschrift, V. S. 372. 375. *v. Arndts* bei *Weiske,* VI. S. 308. *Windscheid,* § 648, Anm. 13. *S. A.* XXXI. No. 349.

11) *l.* 1 § 1 *D. h. t.* 36, 4.

12) *l.* 5 § 5 *D. ut in poss.* 36, 4.

13) *l.* 10 *D. h. t.* 36, 4.

14) *l.* 5 *pr. D. h. t.* 36, 4.

15) Nur wegen der *„fragilitas sexus“* dürfen die Frau und die weiblichen Descendenten des Erblassers, wenn sie vermögenslos und unverheiratet sind, das Erbgut um die Kosten ihres Unterhalts mindern. *l.* 14 *D. h. t.* 36, 4. Etwas weiter dehnt es *Windscheid* aus, § 648, Anm. 9.

Verrichtungen im Interesse des Erbguts ausführen, überhaupt ihm durch stete Beschränkung seiner Verfügungsfreiheit über den Nachlaß so sehr lästig fallen, als er nur irgend konnte.[16]) Denn der Grund für diese Einweisung war ja, dem widerspenstigen Erben die gutwillig nicht geleistete Kaution auf diesem Wege abzupressen *(extorquere).*[17]) Zugleich aber hat er in dem Mitbesitz der Erbschaftssachen bereits eine gewisse Sicherheit. Man nannte sein Verhältnis zur Sache *pignus praetorium*;[18]) es war in der That in den Grundzügen dem echten Pfandrecht sehr ähnlich.[19]) Ein wesentlicher Unterschied[20]) besteht nur insofern, als der Eingewiesene nicht wie der Pfandgläubiger die Möglichkeit direkter Realisierung hat, er darf das besessene Objekt nicht distrahieren.

III. Wie steht es nun mit diesen in vielen Punkten uns doch fremdartig anmutenden Ansprüchen im heutigen gemeinen Recht?

Bei der Lösung dieser bestrittenen Frage wird zweierlei scharf zu scheiden sein; einerseits der rein materiellrechtliche Anspruch auf die *cautio legatorum servandorum causa* und andrerseits seine Durchsetzung, wobei es sich nur um Fragen des Prozeßrechts, der Zwangsvollstreckung, handeln kann.

1. Der Anspruch auf *cautio* ist nun keineswegs irgendwie abgeschafft worden. Es soll nicht geleugnet werden, daß diese Sicherung neben dem gesetzlichen Pfandrecht im justinianischen Recht kaum weitergehenden Schutz bietet. Und wo nun gar im heutigen Recht auch die gesetzliche Hypothek nur ein Anspruch auf Sicherstellung geworden ist, da scheinen beide Sicherungsmittel nebeneinander nur

16) *l.* 5 § 22 *D. h. t.* 36, 4.

17) *l.* 5 *pr. D. h. t.* 36, 4.

18) *l.* 2 *pr. D. pro herede* 41, 5. *l.* 12 *D. pro emptore* 41, 4. *l.* 3 *C. ut in poss.* 6, 54.

19) *Dernburg,* Pfandrecht, I S. 408 ff.

20) Vgl. im einzelnen: a) *l.* 2 *pr. D. pro her.* 41, 5. *l.* 12 *D. pro empt.* 41, 4. b) *l.* 3 *C. ut in poss.* 6, 54. *l.* 2 *C. qui pot.* 8, 17 (18). c) *l.* 6 § 1 *D. ut in poss.* 36, 4. *l.* 18 § 6 *D. fam. erc.* 10, 2.

überflüssige Häufung. Deshalb aber einen Weg als ungangbar abzuschließen, weil auf einem anderen dasselbe Ziel erreicht werden kann, ist keineswegs im Sinne des justinianischen Vermächtnisrechts, in dem wir ja auch sonst zur Erreichung einer und derselben Wirkung zwei verschiedene Rechtsmittel antreffen.

Nur in einem Punkte hat dieser Anspruch im Laufe der Zeit eine Veränderung erfahren. Die Personenhaftung erschien dem Verkehrsleben schon im Mittelalter als die weniger günstige Sicherung für Forderungen.[21]) Und so hat sich denn gewohnheitsrechtlich „*ex consuetudine fori in Germania*" (*Mevius*, II. 256[5]) der Satz herausgebildet, daß der beklagte Erbe nicht mehr zur Bürgenstellung verpflichtet sein solle. Das klägerische Recht wird zum mindesten nicht beeinträchtigt, wenn statt der Bürgen ein Realpfand bestellt wird, auch damit kann der Erbe seiner Pflicht gegen den Vermächtnisnehmer genügen.[22])

Mit dieser Modifikation aber ist das Recht auf Kautionsleistung heute wie früher[23]) praktischen Rechts. Seine Anwendung wird außer den beiden genannten noch durch eine Reihe anderer Entscheidungen aus den letzten Jahrzehnten[24]) bestätigt.

Die Äußerung *Unterholzners:*[25]) „Der heutige Gerichtsgebrauch weiß freilich wenig von diesen Sicherheitsforderungen und Einweisungen, doch möchte man eher sagen, daß er sie vergessen, als daß er sie verworfen habe,"

---

21) Vgl. *Jo. Bassianus, Summa „Quicunque vult"* bei *v. Savigny,* Gesch. des röm. Rechts im M. A. 4. Band, Anhang 17, S. 550. *Cocceji, lib.* 36, 4. *qu.* 2 § 2. *Mevius, p.* II. *dec.* 256 *p.* V. *dec.* 346. *S. A.* XXXIII. No. 144. *R. G.* XXIV. S. 152.

22) Für die Auffassung des modernen Verkehrslebens ist bezeichnend, daß *B. G.-B.* (§ 232) als prinzipales Mittel der Sicherheitsleistung die Verpfändung erwähnt und nur im Notfalle die Bürgenstellung gestattet. (§ 239).

23) Vgl. *Stryk*, 36, 3 § 1. *„Haec cautio . . (indubitate) adhuc hodie . . . exigi potest."*

24) Vgl. *S. A.* I. 103, II. 74, IV. 238. 239, V. 206. 208, IX. 319, XVII. 74, XXXI. 349, XXXII. 4, XXXVIII. 142, XLIV. 261.

25) „Recht der Schuldverhältnisse", II. S. 518.

ist also jedenfalls, soweit die Sicherheitsforderungen in Frage stehen, irrig.

Dort freilich, wo die *cautio* nur Form war, nur dazu diente, die *missio in bona* gegen den Erben, der sich der Ladung entzog, vorzubereiten,[26]) da ist sie wegen ihres Zusammenhanges mit diesem indirekten Einlassungszwange nicht erst durch die neue Prozeßgesetzgebung, sondern bereits durch den „Jüngsten Reichsabschied" aufgehoben worden.[27])

Da hier „gegen den ungehorsamen und nit erscheinenden Antworter" im Contumacialverfahren „das Prozedirn durch *immission*" allgemein verboten ist, so hat damit die *missio legatorum servandorum causa* für fällige Vermächtnisse und mit ihr die *cautio*, die hier keine selbständige Bedeutung hat, ausgespielt.[28])

Es handelt sich jetzt nur noch um die Durchsetzung des Kautionsanspruchs in den übrigen, heute noch in Geltung befindlichen Fällen.

2. Im justinianischen Recht besteht zweifellos noch der indirekte Zwang durch *missio in bona hereditaria* fort. Das leugnet freilich *v. Löhr.*[29]) Diese *missio* sei nicht nur durch das gesetzliche Pfandrecht zum Vorteil aller Legatare überflüssig geworden, sie sei auch in derselben Verordnung, die das gesetzliche Pfandrecht verleihe, „mit dürren Worten" aufgehoben worden. Noch weiter geht *Sintenis.*[30]) Nach ihm ist mit der durch *Justinian* in *l.* 1 *C.* 6, 43 erfolgten Aufhebung der *missio in bona hereditaria* auch die Kautionspflicht, deren Fortbestehen *v. Löhr* annimmt, geschwunden. Diese letztere Ansicht ist nun zweifellos vom Standpunkt des justinianischen Rechts aus die konsequentere, denn ein Anspruch ohne ein spezielles Mittel für seine Durchsetzung war damals völlig wertlos. Aber auch die Ansicht von *Sintenis* ist unhaltbar, nicht nur „im älteren

26) Vgl. oben S. 65.
27) *R. J. N.* § 36. Vgl. *Glück,* XVIII. S. 266. *Stryk,* XXXVI. 4.
28) *Kniep,* S. 46, 47.
29) „Über Justinians Compilation" im Magazin für Rechtsw. III. S. 195.
30) Praktisches gem. Civilrecht, III. § 211, Anm. 12 a. E.

römischen Recht", wie *Sintenis* meint, besteht die Kautionspflicht, auch *Justinian* hat sie nicht aufgehoben, er erwähnt sie sechs Jahre nach jener *l.* 1 *C.* 6, 43 noch als geltendes Recht.[31]) Läßt schon das darauf schließen, daß *Justinian* auch die *missio leg. serv. causa* nicht aufgehoben hat, da er, was sonst notwendig wäre, ein anderes spezielles Rechtsschutzmittel für ihre Durchsetzung hätte schaffen müssen, so folgt das fernere Fortbestehen der *missio* im justinianischen Recht aus ihrer Behandlung in zwei Titeln[32]) der justinianischen Kompilation, die doch erst nach jener die *missio* angeblich aufhebenden *l.* 1 *C.* 6, 43 begonnen wurde. Die Spuren der von ihm in *l.* 1 *C.* 6, 43 so herb verurteilten und aufgehobenen *missio* hat *Justinian* weit besser zu tilgen verstanden; es handelt sich nämlich in dieser Konstitution nicht, wie *v. Löhr* und *Sintenis* annehmen, um die *missio leg. serv. causa*, sondern, wie wir schon sahen, um die von uns im § 3 näher gewürdigte *missio in rem „fideicommissaria"*. Das geht vor allem schon daraus hervor, daß die von *Justinian* aufgehobene *missio* immer *missio in rem*, Einweisung in eine Einzelsache, genannt wird.[33]) Die *missio* zur Erzwingung der *cautio legatorum servandorum causa* aber ist eine *missio in bona*, eine Einweisung in einen Güterkomplex. Zwischen beiden Arten der *missiones* haben die Römer scharf unterschieden,[34]) und es wäre doch wunderlich, wenn *Justinian* sich regelmäßig so inkorrekt ausgedrückt hätte.

Was den ferneren Grund *v. Löhrs* für die Aufhebung der *missio leg. serv. causa* anlangt, sie sei durch das gesetzliche Pfandrecht überflüssig geworden, so sahen wir schon oben, bei der Behandlung der Geltung der *cautio*, daß das allein die Aufhebung eines Rechtsinstituts noch nicht

---

31) *Nov.* 22, *cap.* 41.

32) *tit. Dig.* 36, 4. *tit. C.* 6, 54.

33) Vgl. *l.* 1 *pr.* § 1 (Hier ist m. E. das *in rem* noch besonders durch die Satzstellung hervorgehoben) *l.* 3 § 2 *C.* 6, 43. *Nov.* 39 a. E.

34) *l.* 1 *D. quib. ex caus.* 42, 4. *Marezoll* a. a. O. S. 307. Vgl. auch *v. Vangerow*, § 532.

herbeiführt.[35]) Aber von der *missio in bona hereditaria* darf gar nicht gesagt werden, daß sie durch das gesetzliche Pfandrecht überflüssig geworden sei. Denn wenn auch das Pfandrecht bei bedingten und betagten Legaten als im Augenblicke des Todes des Erblassers entstanden anzusehen war, so kann doch die *actio hypothecaria* zur Erlangung des Besitzes der Pfandobjekte, da es sich hier nicht um ein Faustpfand handelt, nur ausnahmsweise vor der Fälligkeit der versicherten Forderung angestrengt werden.[36]) Die *missio in bona hereditaria* aber giebt es auch bei bedingten und betagten Forderungen schon früher, ihre einzige Voraussetzung ist die Nichtleistung der Kaution, sie wird also unter Umständen selbst noch vor Erbschaftsantritt, „wenn nur noch angetreten werden kann," erteilt werden.[37])

Außerdem liegt doch in der *missio*, die den Erben zugleich persönlich beschränkt, ein weit wirksamerer Zwang, als in der bloß dinglichen Gebundenheit der Sache durch das Pfandrecht.[38])

Ist demnach das Fortbestehen unserer *missio* im justinianischen Recht sicher, so kann ebensowenig andrerseits mit *Glück*[39]) ihr Nichtvorkommen „in Teutschland" und demnach ihre Ausscheidung aus dem Receptionsstoff mit Recht behauptet werden. Im Gegenteil beschäftigt eine Reihe von Schriftstellern des 16., 17. und 18. Jahrhunderts die praktische Anwendung der *missio legatorum servandorum causa*. Ihre Angaben sind um so wertvoller, als es fast nur Schriftsteller sind, die mit Rücksicht auf die Praxis schreiben. Wir nennen:

---

35) Dem entspricht, daß *Lauterbach*, XXXVI 4, § 5, zwar gleichfalls die *missio* neben der gesetzlichen Hypothek für überflüssig hält, sie aber dennoch als geltendes Recht vorträgt.

36) *l.* 13 § 5 mit *l.* 14 *pr. D. de pign.* 20, 1.

37) *l.* 1 § 4 *D. ut in poss.* 36, 4. Daß *l.* 2 *cod.* nicht widerspricht, dafür vgl. *Kniep* S. 4 u. 5. *Brinz* § 428, Anm. 6. *Hellmann*, Festgabe für *Planck*, S. 244/5.

38) *Stryk*, XXXVI. 4, § 1. *„Longe utilius est insistere, quam actione hypothecaria uti."* — *Marezoll* a. a. O. S. 307.

39) XVIII. S. 266 fg.

Wesenbeck,[40]) *com. in Pand.* XXXVI 4. *nr.* 3.

Hahn (1605—68),[41]) *observata theor. pract. ad Wesenbec. com. loc. cit.*

Brunnemann (1608—72), *com. in Cod., ad. l.* 3 *C.* VI. 54 *n.* 4, *ad. auth. et qui jurat. C.* VII. 72 *n.* 3.

Struvius (1619—1692), *Syntagma Jurispr., exerc.* XXXVI. 3 § 55.

Lauterbach (1618—78), *collegium Pandectarum,* XXXVI. 4 § 5 *„In praxi recepta sententia.“*

Stryk (1640—1701), *Usus mod.,*[42]) XXXVI. 4 §§ I—II. *„sententiam in praxi receptam.“*

Cocceji (1679—1755), *ius civile controversum, ad tit.* 36, 4 *qu.* 1 *„Praxi hodierna . . . obtinet.“*

Leyser[43]) (1683—1752), *med. ad Pand., vol.* VI. *spec.* 408. *med.* I. *u.* II.

Daß es sich hier nicht nur um ein aus historischen Gründen konserviertes Rechtsgebilde handelt, sondern daß die *missio* wirklich im deutschen Rechtsleben Wurzel schlug, wird ferner noch dadurch bewiesen, daß das Institut in der Praxis jener Zeit eine den Zeitanschauungen entsprechende Umwandlung erfuhr. Während das Recht *Justinians* zum Zwecke einer recht wirkungsvollen Belästigung des Erben den Satz festhielt, daß auch wegen einer noch so geringfügigen Vermächtnisforderung in den ganzen Nachlaß eingewiesen wurde,[44]) nimmt die deutsche Praxis die Milderung

[40]) Sein Commentar erschien zuerst 1565. Vgl. über sein Verhältnis zur Praxis: *Dernburg,* I. § 16, Anm. 15.

[41]) Die Zeit der einzelnen Schriftsteller ist, soweit möglich, nach *Stintzing* angegeben.

[42]) In den Ausgaben des *Usus modernus* wird auch ein die Anwendung bestätigendes Urteil vom Januar 1710 angeführt. Das kann aber nicht, wie *Hellmann* in der „Festgabe für *Planck*“ S. 260 behauptet, von *Stryk* selbst „allegiert“ sein. *Stryk* starb — *Windscheid* § 8, Anm. 6 — schon 1701.

[43]) *„Missio legatariorum et fideicommissariorum adhuc hodie utilis est“ (med. I). „Decerni tamen non debet tunc, quum periculum nullum subest“ (med. II).* Diese letztere Beschränkung findet sich nur bei *Leyser.* Er beruft sich dabei auf ein Urteil vom April 1717.

[44]) *l.* 13 *D. ut in poss.* 36, 4.

an, daß nur etwa in Höhe der Forderung Nachlaßsachen in Mitbesitz genommen werden sollten. Man glaubte ursprünglich, damit römisches Recht anzuwenden im Hinblick auf *Nov.* 53 *cap.* 4 § 1 (*Wesenbeck, Hahn, Brunnemann, Lauterbach*). Bald aber wird klar erkannt, daß es sich dort um einen ganz anderen Fall handelt. Trotzdem halten *Stryk* und *Struvius* ausdrücklich daran fest und *Cocceji*, der das reine römische Recht wieder zur Geltung bringen will, muß zugeben, daß in der Praxis die gegenteilige Ansicht die Oberhand hat.

Daß aber doch jener nur aus der eigentümlichen römischen Rechtsentwickelung verständliche Gedanke des indirekten Zwanges in dieser Anwendung schon um die Mitte des 18. Jahrhunderts nicht mehr so einmütig festgehalten wurde und an Boden mehr und mehr verlor, das lehren die Anmerkungen *v. Kreittmayrs* zum *Cod. Max. Bav.*[45]) In jenem Streit „unter den *Authoribus*" zur Zeit *Kreittmayrs* ist das endliche Erwachen des modernen Rechtsbewußtseins zu konstatieren, dem jene rechtlich organisierte Selbsthilfe ebenso „anstößig" erscheinen mußte, wie sie einer früheren Zeit, entsprechend der historischen Anknüpfung des Rechtsschutzes an das „Selbstgericht", selbstverständlich war. Nebenher mag auch dieses „System des mittelbaren Zwanges" als unnötige Weitläufigkeit erschienen sein, jedenfalls wurde die *missio legatorum servandorum causa* in der Praxis schon des vorigen Jahrhunderts seltener[46]) und in unserem Jahrhundert kaum noch einmal gefordert.[47]) Wenn trotzdem

45) *v. Kreittmayr,* „Anmerkungen" 3. Teil, *cap.* 6 § 12 No. 1 S. 620. „Falls aber der Erb- oder onerierte Teil nicht cavieren will oder kann, so wird *Legatarius pro quantitate legati* in die Verlassenschaft oder wenn selbe *dolo malo haeredis* schon distrahiert ist, in seine eigene Güter jedoch nur *pro custodia et detentione* einstweilen immittiert . . . . Ob diese Immission auch heut zu Tage noch üblich und nützlich sein wird zwar unter den *Authoribus* gestritten . . . Unser Codex aber gehet *in affirmativam* und giebt der Immission Platz . . ." Über diesen Streit vgl. auch *L. C. Schröder* (1751), *opusculum de natura et effectibus pignoris praetorii* § 161.

46) *Hellfeld, Jurispr. for.* (1764) § 1597: *„Raro huius tituli usus est."*

47) *Dernburg,* Pfandrecht, I. S. 416.

noch *Wetzell*[48]) gerade für unseren speziellen Fall lehrt: „Man habe sich noch immer des besonderen Zwangsmittels des Römischen Rechts, der *missio in possessionem,* zu bedienen, um die Erfüllung des Judikats herbeizuführen," so glauben wir doch mit *Kniep*,[49]) daß auch unter der Herrschaft des gemeinen Prozesses ein Vermächtnisnehmer, der den Antrag stellte, ihn in die Güter des Nachlasses einzuweisen, um dort bei Tag und Nacht zu bleiben und dem Erben alle Freude am Besitz zu verderben, bis er schließlich aus Überdruß die Kaution leiste, daß dieser Antragsteller kaum die Erfüllung seines Begehrs erlangt hätte.

Sicherlich aber ist die Immission vom Standpunkte unserer *C.-P.-O.* aus als unzulässig zu betrachten.[50]) Sie ist eben, wie wir sahen, von dem Anspruch auf *cautio* streng zu scheiden, und wie dieser dem materiellen Recht, so gehört sie dem Prozeßrecht an. Sie ist Zwangsvollstreckung — allerdings nicht des prinzipalen Vermächtnisanspruchs; denn der ist bei bedingten und betagten Vermächtnissen, bei denen überhaupt nur noch die *cautio* gilt, noch nicht klagbar. Vielmehr wird durch die *missio leg. serv. causa* der Sicherungsanspruch auf indirektem Wege vollstreckt. Da nun die *C.-P.-O.* nirgends auf unsere *missio* verweist und nirgends bestimmt, daß sie unberührt bleiben solle, so ist nunmehr durch § 14 Abs. 1. *E. G. z. C.-P.-O.* die alte *missio* als rein prozeßrechtliche Vorschrift auch formell außer Kraft gesetzt.

IV. Danach bleibt für das heutige Recht die Frage offen,[51]) wie der Anspruch des Vermächtnisnehmers auf die

---

[48]) § 50 III.

[49]) *Kniep,* S. 52.

[50]) *R. G.* XXIV. 153. *Dernburg,* III. § 99[18]. *Hellmann,* Über *missio in poss.* im röm. u. heutigen Recht, in der *Münchener* Festgabe für *Planck* (1887) S. 266. *Ubbelohde,* Erbrechtliche Interdicte, S. 223. A. M. *Windscheid,* § 648, 2. „Die heutige Geltung wird mit Unrecht bestritten."

[51]) Die Frage muß hier vor allem deshalb erörtert werden, weil *Hellmann* a. a. O. zu dem Resultat kommt, „der Anspruch auf *cautio* sei heute unrealisierbar".

cautio, den er heute mit direkter Klage geltend macht,[52]) vollstreckt werden soll.

Der Klageantrag hat, gemäß der neuen Entwickelung des Kautionsanspruchs in der deutschen Praxis, korrekt dahin zu lauten: „Den Beklagten zu verurteilen, in bestimmter Höhe[53]) nach seiner Wahl durch Bürgen oder Pfandbestellung für die Erfüllung der ihm auferlegten Vermächtnisse Sicherheit zu leisten.“[54]) Wie kann ein demgemäß ergehendes Urteil vollstreckt werden?

Dernburg scheint an eine Vollstreckung durch Sequestration zu denken; wenigstens läßt er „auf die Kaution bei Vermeidung der Sequestration des Nachlasses klagen.“[55]) Aber wir müssen uns nun einmal darein fügen, daß das ganze Institut der *missio in bona* mit allen Eigentümlichkeiten durch die *C.-P.-O.* abgeschafft worden ist, und diese kennt keine Vollstreckung durch Sequestration,[56]) wenigstens nicht allgemein, wenn sie sie auch für unbewegliches Vermögen gemäß etwaiger landesgesetzlichen Vorschriften zuläßt. Jedenfalls kann eine Vollstreckung niemals durch Sequestration des ganzen Nachlasses, der doch gewöhnlich auch aus beweglichem Vermögen besteht, erfolgen. Wo die *C.-P.-O.* die Sequestration kennt,[57]) da ist sie nicht Vollstreckungshandlung, sondern nur „einstweilige Verfügung“ zum Schutze einer zukünftigen Zwangsvollstreckung und kann demgemäß hier, wo es sich um die endgültige Regelung des streitigen Rechtsverhältnisses handelt, nicht in Betracht kommen.

Da in unserem Falle vom Schuldner die Bestellung einer Sicherheit durch Bürgen oder Pfänder im Wege der Zwangsvollstreckung erwirkt werden soll, so sind die Mittel zur Anwendung zu bringen, welche die *C.-P.-O.* in ihrem

52) *Dernburg*, III. § 99, Ziff. 3 a. E., I. § 167, Ziff. 4b a. E. *Ubbelohde* a. a. O. S. 224. *R. G.* XXIV. S. 153. Vgl. *S. A.* IX. 319. XXXII. 4. XXXVIII. 142.

53) *pro quantitate legati.*

54) Vgl. *R. G.* XXIV. S. 153.

55) *Dernburg*, III. § 99, Ziff. 3 a. E.

56) Vgl. *Ubbelohde* a. a. O. S. 226.

57) § 817, Abs. 2.

dritten Abschnitt des achten Buches „zur Erwirkung von Handlungen“ zur Verfügung stellt.

1. Von diesen Exekutionsmitteln ist das des § 779 völlig unverwendbar. Wohl trifft die Prämisse zu, die *Hellmann* [58]) für die Anwendbarkeit des § 779 auf unseren Fall aufstellt; denn, wie wir sahen, ist in der That gemeines Gewohnheitsrecht, daß der Schuldner seiner Pflicht zur Sicherheitsleistung auch durch Pfandbestellung genügen kann. Aber die von *Hellmann* gezogene Conclusion ist doch nicht schlüssig. Das liegt an der wohl irrigen Auffassung des Obersatzes, des § 779, der in der That nicht Anwendung finden kann.

Einerseits bezieht sich der § 779 nur auf „reine Willenserklärungen“, nicht auch auf Handlungen, die in sich die Willenserklärung mit enthalten; denn wenn hier selbst die Willenserklärung als abgegeben betrachtet wird, so ist doch damit die zu erzielende Wirkung, die Herstellung des urteilsgemäßen faktischen Zustandes, gar nicht erreicht.[59]) Nehmen wir also einmal an, das Urteil erginge darauf, „Beklagter sei schuldig, dem Kläger sein gesamtes Silbergerät für die Vermächtnisforderung zum Pfand zu geben“, so ist doch mit Rechtskraft des Urteils noch keineswegs in der Regel ein wirksames Pfand bestellt; denn, wie wir schon sahen, wird partikularrechtlich vielfach und im Reichsrecht zur Wirksamkeit im Konkurse immer die Übertragung des leiblichen Besitzes zur Erzielung eines wirksamen Pfandrechts verlangt.[60]) Anders läge es nur bei Verurteilung zur Verpfändung bestimmter unbeweglicher Sachen. Dort kann allerdings die Einwilligung zur Eintragung ins Grundbuch nach § 779 ersetzt werden.

Aber lautet denn das Urteil überhaupt so bestimmt, wie wir eben in unserem Beispiel annahmen? Läßt es nicht vielmehr dem Beklagten die Wahl, ob er Bürgen oder Pfänder stellen will, und für den letzteren Fall, welche speziellen Sachen er ver-

---

[58]) a. a. O. S. 267/8.

[59]) *Kipp*, S. 74. *L. Seuffert*, Kommentar zur C.-P.-O., § 779, Ziff. 1, Abs. 3.

[60]) Vgl. *Ubbelohde* a. a. O., S. 227 [78].

pfänden will! Dadurch ist die Anwendung des § 779 gänzlich unmöglich gemacht. Es ist doch unmöglich anzunehmen, Schuldner habe etwas erklärt, ehe nicht feststeht, welchen Inhalt seine Erklärung haben soll.[61]) Diesen Inhalt aber kann hier nur der Beklagte selbst feststellen, nirgends ist dem Kläger hier die Möglichkeit gegeben, für den Fall der Säumigkeit des Beklagten seinerseits die näheren Einzelheiten der Sicherheitsleistung zu bestimmen.

2. Daß auch § 774 hier unanwendbar bleiben muß, ist unbestritten[62]) und unbestreitbar. Die hier vorzunehmende Handlung ist keineswegs „ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängig". Es kann sehr wohl ganz ohne Böswilligkeit seinerseits die Handlung unterbleiben müssen, wenn er keine Bürgen findet oder keine Pfandobjekte zu eigen hat. Daher fällt wohl die Bestellung einer Verbalkaution, nie aber die einer Realkaution unter § 774.[63])

3. Dagegen kann m. E. der einzig noch übrig bleibende Weg des § 773 hier dem Vermächtnisnehmer nicht verschlossen sein, wie *Hellmann* und *Ubbelohde* wollen.[64])

Die Vorfrage, ob es sich hier um eine „vertretbare Handlung" frägt, wie sie der § 773 voraussetzt, ist unbedingt zu bejahen. Auch Rechtshandlungen fallen unter § 773, wenn sie, von einem Dritten ohne Zustimmung oder Vollmacht des Schuldners vorgenommen, geeignet sind, dem Gläubiger zu verschaffen, was ihm gebührt. Das ist hier zweifellos der Fall,[65]) auch die von einem Dritten vorgenommene Herbeischaffung zahlungsfähiger Bürgen für jene Schuld des Erben oder die von einem Dritten für die Vermächtnisschuld bestellten Pfänder geben dem Bedachten

61) *R. G.* XXVII. S. 384. *Kipp*, S. 81. *Seuffert*, Kommentar a. a. O.
62) *Hellmann* a. a. O., S. 267. *Ubbelohde* a. a. O., S. 228.
63) *R. G.* XIII. S. 341, *Seuffert* zu § 774, Ziff. 1.
64) *Hellmann* a. a. O., S. 267. *Ubbelohde* a. a. O., S. 228.
65) *R. G.* XIX. S. 207 a. E. Der dort in Frage stehende Anspruch auf Sicherheitsleistung aus *A. L.-R.* I. 14 § 186 ist inhaltlich dem unsrigen völlig gleich; das Reichsgericht entscheidet: „Hier wäre in Gemäßheit des § 773 zu verfahren gewesen". Vgl. auch *Kipp*, S. 148.

dieselbe Sicherheit, als wenn sie der Onerierte selbst gestellt hätte.

Wenn nun *Ubbelohde* hiergegen einwendet, daß jene Sicherheitsleistung durch den Dritten dem Bedachten nicht mehr böte, als die zu sichernde Vermächtnisforderung selbst, weil er dem Dritten auf Deckung hafte und für diese Deckung erst auf den Regreß an den ursprünglichen Schuldner angewiesen sei, so kann uns doch dieses Bedenken nicht wankend machen.

§ 773 eröffnet dem Gläubiger sehr wohl einen Weg, sich sofortige Sicherheit für den zu befürchtenden Regreß zu verschaffen. Im Absatz 2 wird dem Gläubiger die Möglichkeit gegeben, schon vor Vornahme der Handlung selbst vom Schuldner die Vorauszahlung der Kosten der Vornahme der Handlung zu erwirken. Welche Kosten macht nun das Vornehmenlassen der Handlung durch einen Dritten? Dieser Dritte wird zweifellos verlangen können, daß zu seiner Sicherung für den Fall, daß die Bürgen oder Pfänder wirklich in Anspruch genommen werden, von seinem Auftraggeber, dem Gläubiger, eine Geldsumme in der Höhe des Schätzungswertes der zu versichernden Forderung hinterlegt werde. Das sind hier die erwähnten Kosten in der Hauptsache. Der Gläubiger wird also beantragen, den Schuldner zur Vorauszahlung der Hinterlegungssumme zu verurteilen. Der darauf ergehende Gerichtsbeschluß ist dann selbst Vollstreckungstitel,[66]) und seine Vollstreckung wird nach den allgemeinen Regeln über die Vollstreckung von Geldforderungen ohne weiteres in das Vermögen des Erben erfolgen können.

Es ist also ein ähnlich indirekter Weg, wie im alten römischen Recht, auf dem im heutigen gemeinen Recht die Leistung der *cautio legatorum servandorum causa* erreicht wird. Und wie in Rom die drohende *missio in bona* mit ihren Unbequemlichkeiten den Erben zur Sicherheitsleistung antrieb, so wird auch hier praktisch der angedeutete umständliche Weg kaum oft beschritten werden müssen. Dem zahlungsfähigen Erben wird es sicherlich wünschenswerter sein, selbst

[66]) Gemäß § 702, Ziff. 3 in Verbindung mit § 776 u. § 701 C.-P.-O.

die Art der Sicherheitsleistung zu bestimmen, als es dem Gerichtsvollzieher zu überlassen, welche Gegenstände er bei der schließlich doch unausweichlichen Zwangsvollstreckung auf die Forderung des Vermächtnisnehmers pfändet.

Jedenfalls ist nicht, wie *Hellmann* bedingt annimmt, die *cautio* als „unrealisierbar" weggefallen. Ebensowenig ist der Vermächtnisnehmer statt der direkten Klage auf Kautionsleistung an die Klage auf das Interesse immer zu verweisen, wie *Ubbelohde* will; denn es fehlt uns nicht an einem Wege, die Klage auf Sicherheitsleistung auch in der Zwangsvollstreckung gefahrlos durchzuführen.

Der schließliche Erfolg ist ja wohl derselbe; denn auch *Ubbelohdes*[67]) Interessenanspruch läuft auf Hinterlegung des Schätzwertes des Vermächtnisses hinaus. Aber der von uns vorgeschlagene Weg ist doch wohl praktikabler. Während nämlich der Interessenanspruch *Ubbelohdes* nur mittels besonderer Klage verfolgt werden kann, ist unser Anspruch auf Vorauszahlung der Kosten als Incidentpunkt im Zwangsvollstreckungsverfahren rascher exequierbar. Die Entscheidung darüber kann in Gemäßheit von § 776 *C.-P.-O.* „ohne vorhergehende mündliche Verhandlung" gefällt werden. Die dagegen gegebene „sofortige Beschwerde" hat keine „aufschiebende Wirkung".[68])

bb. Die Mittel zur Beschleunigung der Erfüllung.

§ 10.

War die schließliche Durchsetzung der Vermächtnisforderung im römischen Recht genügend gesichert, so galt es andererseits auch darin dem Willen des Erblassers rechte Wirkung zu verleihen, daß man auf eine möglichst ungesäumte Erfüllung der fälligen Vermächtnisse drang.

Im alten Rechte war ein hierzu trefflich geeignetes Mittel die Litiscrescenz *in duplum* beim Damnationslegat. Im jüngsten justinianischen Recht war, wie wir sahen, dieses Zwangsmittel einer raschen Erfüllung fälliger Vermächtnisse

---

[67]) a. a. O. S. 229.

[68]) § 701, *arg. e contr.* § 535 C.-P.-O.

aufgehoben worden; aber außer den wie bei jeder Obligation auch hier eintretenden Verzugsfolgen blieben im justinianischen Recht noch zwei Rechtsgebilde bestehen, die gleichfalls geeignet waren, allen Vermächtnissen zu einer baldigen Erfüllung zu verhelfen.[1])

I. Das eine dieser Rechtsmittel verdanken die Vermächtnisnehmer einer Verordnung des Kaisers *Antoninus Caracalla.*[2]) Diese gab allen Vermächtnisnehmern schlechthin eine Einweisung in die gesamten Güter des Erben, wenn dieser sechs Monate, nachdem sie sich beim Magistrat bereits zur Klage gemeldet hatten, ihre Ansprüche immer noch nicht befriedigt hatte.[3])

Was in der Constitution zunächst für Vermächtnisse, mit denen ein Erbe belastet war, gesagt wurde, ward dann später auch auf Nachvermächtnisse ausgedehnt. So erklärt sich der letzte Satz von *l.* 5 § 16 *D. h. t.* 36, 4.[4]) Keineswegs hat man darin mit *Marezoll*[5]) eine neue bloß Fideikommissen gewährte *missio* zu sehen, die jetzt durch *Justinians* Reform allen Vermächtnisnehmern zugänglich sei.[6]) Der Unterschied von der alten *missio Antoniniana* soll darin bestehen, daß diese sechsmonatliche Zahlungssäumnis voraussetzt, während die am Ende von *l.* 5 § 16 *cit.* erwähnte nur einfach von *mora* spricht.

Aber hätte wirklich das justinianische Recht einen so weitgehenden Schutz gewähren wollen, dann wäre doch die Erwähnung der erstgenannten *missio Antoniniana* ganz überflüssig gewesen, und ganz unnötig wäre die gleich darauf folgende nähere Interpretation des Zeitraumes „*sex menses*".[7])

---

[1]) Über die besonderen Mittel zur Beschleunigung der Erfüllung bei Vermächtnissen *ad pias causas* siehe schon oben § 7 a. E., S. 57 f.

[2]) Daß es dieser *Antoninus* war, beweist *l.* 6 *C. ut in poss.* 6, 54 (*a.* 225), wo *Alexander (Severus)* (222—235) diese Verordnung seinem Vorgänger *(pater)* zuschreibt.

[3]) *l.* 5 § 16 *D. ut in poss.* 36, 4.

[4]) *Brinz,* § 428, Anm. 31.

[5]) *Marezoll* a. a. O., S. 129/130.

[6]) *Marezoll* a. a. O., S. 309. Gegen ihn auch *v. Vangerow,* II. S. 460, aber ohne nähere Begründnng.

[7]) *l.* 5 § 19, vgl. auch § 20 *D. h. t.* 36, 4.

Man könnte gegen uns einwenden, daß es sich hier eben um Verschiedenheiten der Legate und Fideikommisse handle die die Compilatoren nicht erst ausgeglichen hätten, wie das sonst fast immer geschah.

Aber der Fall liegt doch anders. Die Verschiedenheit hätte an dieser Stelle mit leichter Mühe dadurch getilgt werden können, daß man einfach das Erfordernis der sechs Monate wegstrich; das wäre keine Änderung gewesen, die zu weiteren größeren Umgestaltungen hätte veranlassen müssen. Das ist nicht geschehen, vielmehr ist im Gegenteil noch eine nähere Erklärung des nach *Marezoll* jetzt überflüssigen Requisits gegeben. Vergleichen wir nun damit, daß die älteste Wiedergabe der ursprünglichen Verordnung *Antonins* durch *Alexander Severus* nur von einer Säumnis des Erben spricht, so erklärt sich die *Marezoll* „sonst höchst lächerlich" erscheinende Wiederholung nur der Fideikommisse, während vorher schon von Legaten und Fideikommissen die Rede gewesen war, einfach daraus, daß im klassischen Recht nur ein Erbe mit Legaten i. e. S. belastet werden konnte.[8]) Wollte man daher die *missio Antoniniana* auch auf Vermächtnisse ausdehnen, die einem Vermächtnisnehmer auferlegt waren, so kamen damals als solche nur Fideikommissare in Betracht.[9])

Diese Auslegung bestätigt denn auch die Wiedergabe des letzten Satzes in den Basiliken,[10]) wo es heißt: τὸ δὲ λεχθὲν (*sc. missio Antoniniana*) χῶραν ἔχει ἐπὶ παντὸς χρεωστοῦντος ἀποκατάστασιν.

So finden auch wir die nähere Ergänzung des Wortes *„mora"* des letzten Satzes von *l.* 5 § 16 *cit.* im vorhergehenden. *Mora* ist nicht mit *Marezoll* als „Säumnis" schlechthin zu übersetzen; es bedeutet vielmehr „derartige (sechsmonatliche) Säumnis". Hatte der Belastete die sechs Monate verstreichen lassen, ohne die Pietätspflicht zu erfüllen, so gab es nun auch hier eine *missio in bona*, die aber

8) Vgl. *Gaius*, II. 271.
9) Vgl. auch *l.* 5 § 25 *D. h. t.* 36, 4.
10) *lib.* 44 *tit.* 22 *cap.* V. §§ 16—19.

von der *missio legatorum servandorum causa* [11]) von Grund aus verschieden ist. Sie geschieht nicht nur, um den Belasteten zur Leistung zu zwingen und in der Zwischenzeit den Honorierten zu sichern; vielmehr entsteht durch diese obrigkeitliche Einweisung ein „reines Nutzpfand“.[12])

Der eingewiesene Vermächtnisnehmer hat das Recht, sich aus den Früchten ganz nach Analogie des Pfandgläubigers zu befriedigen,[13]) nur fehlt ihm auch hier die Veräußerungsbefugnis. Und so wird er denn nur so lange in dem Mitbesitz geschützt, als die gezogenen Früchte Zinsen und Forderung gedeckt haben, oder der Onerierte auch hier schließlich, um dieser Verfügungsbeschränkung zu entgehen, dem Willen des Erblassers genügt.[14])

Worin haben wir nun die Ursache dieser kaiserlichen Schöpfung zu suchen? Daß es sich hier nicht um Exekution eines Urteils handeln kann, geht daraus hervor, daß von einem zur Legatszahlung verurteilenden Erkenntnis als Voraussetzung dieser Einweisung, von einem Rechtsstreit nirgends gesprochen wird. Nur der Vermächtnisnehmer hat das Gericht aufgesucht. Wäre überdies ein Urteil über das Vermächtnis vorhanden gewesen, dann hätte es auch gar nicht dieser Weitläufigkeiten bedurft, dann gab es doch schon im klassischen Recht schneidigere Exekutionsmittel als eine solche erst nach sechs Monaten erteilte Einweisung ohne Veräußerungsbefugnis. Wir haben es m. E. auch hier mit einem Onerierten zu thun, der sich der Zustellung der Ladung fortgesetzt entzog[15]) und nun durch dieses empfindliche Mittel der Einweisung gezwungen werden sollte, ohne Prozeß die Pflichten gegen den Bedachten zu erfüllen oder doch

---

11) Sie setzt eine solche auch nicht voraus, ist keine *missio ex secundo decreto*. — *Glück*, XVIII. S. 259. — Selbst wo die *satisdatio* erlassen war und demgemäß eine *missio leg. serv. causa* nicht erteilt wurde, war die *missio Antoniniana* zuständig. *l.* 5 § 18 *D.* 36, 4. *Donellus, com. lib.* VIII. *cap.* 36 § 9, scheint das Verhältnis beider *missiones* falsch aufzufassen.

12) *Kohler*, Pfandrechtliche Forschungen, S. 77.

13) *l.* 5 §§ 16. 21. 25 *D. h. t.* 36, 4.

14) *l.* 5 §§ 16. 24 *D. h. t.* 36, 4.

15) A. M. freilich *Brinz*, § 428, Anm. 30.

jedenfalls sich dem Prozeßgericht zu stellen. Daher wird ausdrücklich als Zweck der Einweisung bezeichnet, *„ut festinetur ad sententiam.“*[16])

So handelt es sich auch in diesem Falle nur um einen indirekten Zwang zur Prozeßeinlassung, und wir brauchen daher nicht, wie *Hellmann*[17]) will, diese Legatsmission erst durch die *C.-P.-O.* für abgeschafft zu halten. Sie ist schon weit früher durch den *J. R.-A.* aufgehoben worden.[18])

Thatsächlich behandeln sie auch die meisten Neueren, wenn auch nicht mit dieser Begründung, als unpraktisch.[19]) Nur *Windscheid* und *Brinz* stellen sie noch als geltendes Recht dar, aber weder in den Entscheidungen des *Seuffert*schen Archivs noch gar in den Entscheidungen des Reichsgerichts findet sich eine einzige praktische Anwendung dieses heutigen Anschauungen stracks zuwiderlaufenden Rechtsmittels.

II. Einen noch wirksameren Zwang zu einer schleunigen Entrichtung fälliger Vermächtnisse führte erst *Justinian* ein. Er verordnete in *Nov.* 1 *cap.* 1 und 4, daß ein Erbe oder Belasteter, der nach erhaltener richterlicher Mahnung *(admonitio ex iudiciali decreto)*[20]) ein volles Jahr die Erfüllung verzögert, zur Strafe das Zugewandte bis auf den Pflichtteil verlieren solle. Endlos ist die Reihe derer, die berechtigt sind, dem Pietätlosen das Zugewandte zu entreißen. Ist, was für unsere Betrachtung in Frage steht, ein Erbe belastet, so können nacheinander Substituten, Miterben und die Vermächtnisnehmer selbst in bestimmter Reihenfolge nach der Größe ihrer Vermächtnisse gegen ihn auftreten und ihm das Erbgut entwinden. Findet sich unter den Mithonorierten keiner, so sind die Intestaterben, schließlich jeder Dritte, soweit er nicht ausdrücklich durch Enterbung ausgeschlossen

16) *l.* 5 § 21 *D. h. t.* 36, 4. Die Emendation in *satisfactionem,* wie *Cuiacius* will, tadeln *Mommsen h. l.* u. *Brinz* a. a. O.

17) a. a. O. S. 268.

18) Vgl. oben S. 69.

19) Vgl. z. B. *v. Arndts,* Pandekten, § 559, Anm. *Dernburg,* III. § 99, Ziff. 3 a. E.

20) *Nov.* I. *cap.* 4 *pr.*

ist, zur Ereption berufen; nur muß sich der betr. Eripient vorher ausdrücklich verpflichten, des Erblassers Willen in Bezug auf Vermächtnisse und Auflagen zu erfüllen.

So entsteht aus diesem Gesetz für den Vermächtnisnehmer, wenn er will, unter Umständen auch eine *caducorum vindicatio* gegen den belasteten Erben. Mag er selbst die Erbschaft nicht, so sichert ihm doch die lange Reihe der sonst noch zur Entreißung Berechtigten die Erfüllung seiner Forderung bei allzulanger Säumnis[21]) des ursprünglich Belasteten.

Die heutige Geltung dieser Bestimmung kann nicht in Frage gestellt werden. Schwierigkeiten kann nur die Frage bereiten, wie heute jene *admonitio ex iudiciali decreto* vorzunehmen ist. *Justinian* hat hier offenbar an eine Mahnung durch den Richter deshalb gedacht, um dieser Aufforderung zur Erfüllung größere Autorität zu verleihen und dem Belasteten zu zeigen, daß es dem Bedachten Ernst mit der Geltendmachung seines Anspruchs ist.

Auch heute ist daher an der richterlichen Aufforderung festzuhalten. Da es sich um einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt, darf auch nicht aus dem Schweigen der *C.-P.-O.* über diese richterliche Handlung ein Argument gegen die heutige Geltung dieser Bestimmungen entnommen werden.

cc. Der Schutz der Vermächtnisforderung gegen eine Beeinträchtigung durch die Konkurrenz mit anderen Forderungen an den belasteten Erben (Separationsrecht).

§ 11.

Als *Justinian* den Singularvermächtnisnehmern das gesetzliche Pfandrecht gab, erzielte er damit nicht nur eine dingliche Sicherung ihrer Forderungen, er bewirkte zugleich,

---

[21]) Nicht einmal ein Jahr lang darf mit der Entrichtung zur Verhütung der Entreißung gezögert werden bei letztwilligen Verfügungen zu Gunsten des Loskaufs von Gefangenen und zur Speisung von Armen *Nov.* 131 *cap.* 11. Hier entreißt der Bischof oder der Kirchenvorsteher schon nach zweimaliger Mahnung das dem Belasteten Vermachte.

daß sie aus den Nachlaßstücken jedenfalls vor den übrigen Gläubigern des Erben selbst ihre Befriedigung erhielten, da, wie wir sahen, der Erbe nicht in der Lage ist, am Nachlaß ein Pfandrecht zu bestellen, das im Range der gesetzlichen Legathypothek vorginge.[1])

Den nämlichen Gedanken, daß es schließlich nur billig sei, wenn die Vermächtnisnehmer aus dem Nachlaß vor den übrigen Gläubigern des Erben das ihnen Zukommende erlangten, hatte schon vorher das prätorische Edikt[2]) noch weit durchgreifender gesetzgeberisch ausgestaltet.

I. Danach wird unter Umständen die Möglichkeit gegeben, die bereits eingetretene rechtliche Vereinigung[3]) der Vermögensmassen des Erben und des Erblassers dergestalt wieder aufzuheben, daß aus der Nachlaßmasse, gerade als wenn der einstmalige Träger und Mittelpunkt des Vermögens noch lebte,[4]) zunächst die Gläubiger des Erblassers befriedigt werden; denn der Eintritt einer neuen ihnen bei der Kreditgewährung unbekannten Person in das Schuldverhältnis kann ihnen leicht einen unverdienten Nachteil bringen.[5]) Eine weitere Fortbildung im Sinne der Billigkeit war es, wenn man dann auch den Vermächtnisnehmern dieses Recht auf Gütertrennung verlieh; denn auch sie verdienen eher aus der Nachlaßmasse Befriedigung als die Gläubiger des Erben, wenn auch ihre Forderungen nicht bei Lebzeiten, sondern erst durch den Tod des Erblassers entstanden waren.[6])

---

1) Vgl. oben S. 61. Das verkennt m. E. *v. Löhr,* im Archiv f. civ. Prax., V. S. 220, wenn er meint, das Separationsrecht könne den Legataren deshalb nützlich sein, um vor den Pfandgläubigern des Erben einen Vorzug zu haben.

2) Vgl. *l.* 2 *C. de bon. et sep.* 7, 72.

3) Vgl. *Oertmann,* „Separation und Absonderung" in *Iherings* Jahrbüchern, XXXIV., Abh. 2.

4) *l.* 5 *D. de sep.* 42, 6 *„quasi defuncti bona vendiderunt". l.* 1 § 1 *D. eod.* 42, 6; *„quasi duorum fieri bonorum venditionem"* heißt hier wohl nicht: „es findet gleichsam ein Konkurs über zwei Vermögensmassen statt", sondern „es findet ein Konkurs wie über das Vermögen zweier Personen statt". Darauf deutet die Trennung des *duorum* von *bonorum* hin.

5) *Dernburg,* III. § 170.

6) *l.* 40 *D. de obl. et act.* 44, 7.

Freilich ging man nicht so weit, auch in allen Fällen, wo es beantragt wurde, zu dieser tiefeingreifenden Maßregel zu schreiten, dem Dekret, durch das der Prätor die *separatio* anordnete, ging erst eine sachliche Würdigung des vorliegenden Falles voraus.[7]) Daher wird namentlich dann der Richter die Separation verweigern, wenn der Bedachte neben seinem Forderungsrecht durch Vindikation die legierte Nachlaßsache „aussondern" kann. Auch sonst wird der Prätor erwogen haben, ob die Vermögensverhältnisse des Erben wirklich zu einer derartigen Verfügung Veranlassung bieten. Am häufigsten wird der Antrag auf *separatio bonorum* gestellt werden, wenn der Erbe in Konkurs geraten ist, davon sprechen auch meist die Quellen. Aber keineswegs war dies notwendige Voraussetzung der Erteilung der Separation, wie *Brinz*[8]) behauptet. Hauptsächlichster Konkursgrund ist im justinianischen Recht „Überschuldung". In unseren Quellen aber finden wir Entscheidungen,[9]) in denen ausdrücklich davon gesprochen wird, daß der Erbe nach Bezahlung aller seiner eigenen Gläubiger immer noch zahlungsfähig geblieben ist. Es war also Separation erteilt worden, obwohl hier ein Konkurs des Erben unmöglich gewesen war.

Außerdem verlangte vielleicht der Prätor schon aus dem praktischen Grunde nicht den Nachweis der Insuffizienz vom Antragsteller, weil dieser Beweis vor der wirklichen Zahlungseinstellung *„probatio diabolica"* sein wird.[10]) Eine Glaubhaftmachung des Interesses an der Gütertrennung erforderte aber doch wohl der Prätor, ehe er dem Antrag stattgab.[11])

---

[7]) *l.* 1 *pr.* § 14 *D. h. t.* 42, 6.

[8]) *Brinz,* § 398, Anm. 1.

[9]) *l.* 1 § 17, *l.* 3 § 2, *l.* 5 *D. h. t.* 42, 6.

[10]) *Oertmann,* „Das *beneficium separationis*" in *(Grünhuts)* Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, XVII. S. 275.

[11]) Die heutige Praxis scheint nicht einheitlich. Sie verlangt bald ein Urteil, bald den Nachweis der Gefährdung (*S. A.* XII. 173). *S. A.* II. 312, XV. 37 und „Blätter für Rechtsanwendung" XXIII. 269/72 bei *Seuffert,* XII. 173 geben es schlechthin, wenn der Berechtigte es beantragt.

Die Gewährung dieses Rechtsmittels war noch an eine Reihe anderer Voraussetzungen geknüpft. Die Separation mußte innerhalb der ersten fünf Jahre nach Erbschaftsantritt beantragt sein[12]) und wurde schon vorher nicht erteilt, wenn die beiden Vermögensmassen sich auch faktisch so innig miteinander vermischt hatten, daß eine Trennung unmöglich war.[13]) Auch wenn der Erbe über die Erbschaft im ganzen oder teilweise gutgläubig verfügt hat, wird durch diese Rechtshandlung die Separation ganz oder teilweise ausgeschlossen.[14])

Eine letzte wichtige Beschränkung der Separation zeigt deutlich die Wurzel des Rechtsinstituts auf. Den Berechtigten wird die beantragte Separation doch versagt, *„si heredis fidem secuti erant"*; so lauteten wahrscheinlich die Worte des Edikts.[15]) Jede billige Rücksichtnahme auf die Nachlaßgläubiger fiel fort, wenn sie selbst sich durch Kreditgewährung mit der Persönlichkeit dieses Schuldners einverstanden erklärt hatten. Die Interpretation des Edikts[16]) findet ein solches *„fidem heredis sequi"* darin, daß man mit dem Schuldner die Forderung novierte oder von ihm Zinsen annahm; *„quasi eum eligendo"*. Es genügte also nicht jede Eintreibung von Zinsen; dies mußte vielmehr zugleich ein Zeichen dafür sein, daß der Gläubiger in das fernere Stehenbleiben der Schuld willige.[17]) Ein Kreditieren an den Schuldner selbst wird auch darin zu finden sein, wenn man, statt die Forderung beizutreiben, sich von ihm für ihre künftige Erfüllung Bürgen oder Pfänder stellen läßt.[18]) In der notwendig gewordenen Klaganstellung aber konnten sie natürlich trotz der in der Litiskontestation liegenden Novation

---

12) *l.* 1 § 13 *D. h. t.* 42, 6. Dafür, daß man gemeinrechtlich diese allzu lang scheinende Frist nicht immer festhielt, vgl. die bei *Oertmann* a. a. O. S. 307 Citierten.

13) *l.* 1 § 12 *D. h. t.* 42, 6.

14) *l.* 2 *D. h. t.* 42, 6.

15) *l.* 2 *C. de bon . . . et sep.* 7, 72.

16) *l.* 1 § 10 *D. h. t.* 42, 6.

17) *Donellus, comm. lib.* XXIII. *cap.* 16 § 10 (*opp.* VI. 167).

18) *l.* 1 §§ 11. 15 *D. h. t.* 42, 6.

der Forderung ein *fidem heredis sequi* nicht finden, eher das Gegenteil.[19])

II. Auf diesem Wege war es also in vielen Fällen auch den Vermächtnisnehmern möglich, nach den Gläubigern des Erblassers natürlich, aber doch vor den Gläubigern des Erben aus dem Nachlaß ihre Befriedigung zu finden.

Aber ganz gefahrlos war die Impetrierung dieses Schutzes für sie nicht. Wenn nämlich die Nachlaßmasse zu ihrer Befriedigung nicht ausreichte, so waren zwar in der Regel die Vermächtnisse für den Mehrbetrag ungültig; hatte aber der Erbe die Errichtung eines Inventars versäumt, so haftet er den Vermächtnisnehmern doch auch persönlich auf Vollzahlung ihrer Forderung.[20]) Dieser Rückgriff auf das eigene Vermögen des Erben geht aber dem „separierenden" Vermächtnisnehmer verloren. In den Quellen finden wir darüber entgegengesetzte Entscheidungen. Gegen die eben von uns angeführte Ansicht vom Verlust des Rückgriffs steht die Autorität *Papinians*, der, freilich nicht bestimmt, sondern anscheinend *de iure aperto* sprechend, es für *„commodius"* hält, den Rückgriff nicht auszuschließen.[21])

Weit bestimmter *(„sciendum est vulgo placere")* wird die gegenteilige Ansicht von *Paulus*[22]) und *Ulpian*[23]) vertreten. Die Stellen sind trotz der *Glosse* und *Brinz*[24]) unvereinbar. Aber deshalb heben sie sich doch nicht auf, wie *Windscheid*[25]) annimmt. Schon *Donellus*[26]) macht darauf aufmerksam, daß *Paulus* nicht nur seine Ansicht ausspricht, sondern die gegnerische Ansicht referiert und verwirft. Da *Justinian* diesen Tadel mit aufgenommen, so wollte er damit

---

19) *l.* 7 *D. h. t.* 42, 6. *l.* 2 *C. eod.* 7, 72.

20) *Nov.* 1 *cap.* 2. Das übersieht anscheinend *Salkowski*, S. 714 bei Note 20, wenn er gegen *Dernburg* ausführt, daß beim Vermächtnisnehmer „nicht von einem Aufgeben der Rechte gegen die Person des Erben gesprochen werden kann".

21) *l.* 3 § 2 *D. h t.* 42, 6.

22) *l* 5 *D. h. t.* 42, *6.*

23) *l.* 1 § 17 *D. eod.*

24) § 398, Anm. 15.

25) § 607, Anm. 10.

26) *Donellus* a. a. O. (*opp.* II. 168).

die Ansicht *Papinians* verworfen wissen. Ein Zurückgreifen auf den ursprünglich belasteten Erben erschien vielleicht auch deswegen unbillig, weil in der Impetrierung der Separation sehr wohl eine Ehrverletzung desselben gesehen werden kann.[27]) So herrscht denn auch die von uns vertretene Ansicht früher wie jetzt in Theorie und Praxis.[28])

III. Durch die Trennung in zwei selbständige Vermögensmassen, die, wie wir sahen, das Prinzip der römischen Separation ist, kann nun leicht die Folge entstehen, daß über den abgesonderten überschuldeten Nachlaß und den zahlungsunfähigen Erben überdies ein Konkurs entsteht. In dem Bestreben, einen derartigen doppelten Konkurs zu verhüten, hat nun die *K.-O.* für gewisse Fälle unser Institut wesentlich umgestaltet. Ist nämlich der Erbe selbst in Konkurs geraten, so findet jetzt nicht mehr eine völlige Abtrennung der Nachlaßmasse zur Eröffnung eines besonderen Liquidationsverfahrens darüber statt. Die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnisnehmer haben nur insoweit noch einen Vorzug vor den Gläubigern des Erben, als sie „aus den bei der Eröffnung vorhandenen Nachlaßgegenständen abgesonderte Befriedigung verlangen können."[29])

Hier also betrifft ihr Recht nicht mehr den Nachlaß als Inbegriff, sondern nur die Erbschaftsgegenstände als einzelne Sachen.[30]) Da auch hier nicht mehr eine scharfe Trennung in zwei Vermögensmassen eintritt, wie im früheren Recht, so liegt auch heute in der Geltendmachung des konkursmäßigen Absonderungsanspruchs kein *recedere a persona heredis* mehr. Haftet also der Erbe dem Vermächtnisnehmer über-

---

27) *Voet ad h. t.* 42, 6. Vgl. *Hofmann,* „zur Lehre vom *beneficium inventarii* und *separationis*" in *Grünhuts* Zeitschrift VIII. S. 575.

28) Vgl. *Lauterbach,* XXXXII. 6, § 15. *Voet, ad h. t. Brunnemann, ad l.* 1 § 16 *D. h. t. Sintenis,* III. § 186, Anm. 6. *v. Arndts,* § 524, Anm. 3. *Brinz,* § 398. *Dernburg,* III. § 170. *Oertmann* a. a. O. S. 316 ff. (*Oertmann* citiert für die entgegengesetzte Ansicht noch *E. Eck.* Dieser hat sich jetzt, gleichfalls in den von *Oertmann* citierten „Vorlesungen über römisches Erbrecht", § 48, der herrschenden Meinung angeschlossen.

29) *K.-O.* § 43.

30) So auch die Motive zur *K.-O.*, S. 233.

haupt *ultra vires hereditatis*, so wird diese persönliche Haftung nicht mehr durch diese Absonderung aufgehoben. Der Vermächtnisnehmer kann den Ausfall, den er bei der abgesonderten Befriedigung erfahren hat, im Konkurse des Erben geltend machen.[31])

Die *K.-O.* regelt aber nur den Fall des Konkurses des Erben. Ist der Erbe nicht in Konkurs geraten — und wir sehen ja, daß das zur Geltendmachung des Separationsrechts nicht notwendige Voraussetzung ist — so findet auch nach Inkrafttreten der *K.-O.* eine völlige Absonderung der Erbschaft als Inbegriff statt.[32]) Unter Umständen, wenn dieser abgesonderte Nachlaß überschuldet ist, kann dann auch heute noch über ihn ein Konkursverfahren eröffnet werden. Das ist freilich nicht die Auffassung der Motive der *K.-O.* Sie halten anscheinend durch die *K.-O.* das alte Separationsrecht generell für aufgehoben, wenn sie behaupten,[33]) über den überschuldeten Nachlaß könne nur dann ein Konkursverfahren eröffnet werden, wenn der Erbe fehlt oder nur als Benefizialerbe haftet. Das Verfahren zur Befriedigung der Erbschaftsgläubiger und Vermächtnisnehmer aus dem Nachlaß sei deswegen kein Konkurs, weil sich das Verfahren nur auf einzelne Vermögensstücke erstrecke, zum Wesen des Konkurses aber eine aus einem Inbegriff von Stücken gebildete Masse gehöre.[34]) Aber, wie wir sahen, ist gerade das, was die Motive vermissen, vorhanden. Nach der Anschauung des gemeinen Rechts erfolgt durch die Separation eine Trennung in zwei Vermögensinbegriffe. Daran hat auch außerhalb des Konkurses des Erben die *K.-O.* selbst nichts geändert, und die abweichende Ansicht der Motive kann nicht maßgebend sein.

---

31) *K.-O.* § 57.

32) Vgl. *Mandry,* Civilr. Inhalt der Reichsgesetze, § 28, S. 293. *Oertmann,* a. a. O. S. 302. A. M. *Dernburg,* Preuß. Priv.-R., III. § 233, während er in den Pandekten, III. § 170, Anm. 9, die Anwendung von § 202 *K.-O.* auf den abgesonderten Nachlaß zuläßt, ihn also als Inbegriff weiter fortbestehen läßt.

33) S. 223.

34) Motive z. *K.-O.*, S. 440.

Außerhalb des Konkurses des Erben besteht also noch immer ein besonderes erbschaftliches Liquidationsverfahren, wenn der Nachlaß nicht überschuldet ist. Es ist durch § 4 *E.-G. z. K.-O.* nicht aufgehoben worden, da § 43 *K.-O.* auf diesen Anspruch auf Güterabtrennung verweist. Ist die abgesonderte Masse insuffizient, so findet trotz der Motive hierüber ein Konkurs gemäß §§ 202—206 *K.-O.* statt. Dieser ist freilich für unseren Fall der Befriedigung der Vermächtnisnehmer ohne Bedeutung; denn nur ein Nachlaßgläubiger[35]) nicht ein Vermächtnisnehmer[36]) kann seine Eröffnung beantragen. Im Verfahren selbst aber werden die Vermächtnisnehmer deshalb nicht befriedigt, weil sie bei Überschuldung des Nachlasses keine Ansprüche auf denselben haben. Ihre Nichtbeteiligung an diesem Konkurse würde ferner noch aus § 56 Ziffer 4 *K.-O.* folgen; denn als Gemeinschuldner gilt hier, das ist die römische und gemeinrechtliche Anschauung, der Erblasser.[37])

2. Die Ansprüche des Universalvermächtnisnehmers.

§ 12.

I. Der alte römische Rechtssatz „*Semel heres semper heres*“ machte es unmöglich, auf dem Wege der Erbeinsetzung den häufig als wünschenswert erscheinenden Erfolg herbeizuführen, daß das Vermögen des Erblassers oder ein aliquoter Teil desselben eine Zeit lang bei einer Person, aber nur zur Nutznießung, bleiben solle, dann aber mit Eintritt eines gewissen Falles in einem anderen vom Erblasser schon bestimmt Bezeichneten seinen Träger finden solle.

Was durch Erbeinsetzung nicht anging, das erreichte man auf einem Umweg durch die freie Form des Fideikommisses, durch das man den Erben verpflichten konnte,

---

35) *K.-O.*, § 205, Abs. 1.

36) Zur Terminologie der *K.-O.* vgl. § 43 *K.-O.* Anders die Terminologie des *B. G.-B.*

37) „*quasi defuncti bona vendiderunt.*“ *l.* 5 *D. h. t.* 42, 6.

späterhin die Erbschaft an einen anderen weiterzugeben.[1]) Die sich ursprünglich hierbei ergebenden Nachteile in Bezug auf die Haftung für die in der Erbschaft steckenden Passiva wußte die spätere Gesetzgebung der Kaiserzeit zu beseitigen. Zunächst stellte das *S. C. Trebellianum* (62 n. Chr.) den Universalfideikommissar *heredis loco* und schuf damit einen neuen Fall der Universalsuccession. Immer aber war noch die Antretung der Erbschaft und die Restitutionserklärung des Fiduciars zur Herbeiführung des vom Erblasser gewünschten Erfolges erforderlich. Gegen die hieraus sich ergebenden Übelstände half bald darauf (75 n. Chr.) ein *S. C. Pegasianum.*

Dem Fiduciar wird als Lockmittel ein Anspruch auf ein Viertel der Erbschaft gegeben, um die Ablehnung durch ihn zu verhindern. Damit übernimmt er aber wieder allein die Schuldenhaftung. Will er nicht antreten, so zwingt ihn der Prätor, er bleibt aber dann für die Erbschaft bloßer „Durchgangspunkt", Rechte und Pflichten erhält der Universalfideikommissar unmittelbar und allein nach der erzwungenen Erklärung.

II. Das war der Rechtszustand, den *Justinian* vorfand. Er entschloß sich nicht, diese Umwege und Weitschweifigkeiten von Grund aus dadurch abzuschneiden, daß er mit dem im Eingange erwähnten Dogma brach. Er verschmolz vielmehr nur die Bestimmungen der beiden Senatuskonsulte. Aus dem *Pegasianum* übernahm er das Recht des Fiduciars auf die Quart und den Zwang zur Antretung, aus dem *Trebellianum* den Satz, daß der Universalfideikommissar zu der restituierten Quote Universalsuccessor sein solle. Die allgemeinen das Ganze beherrschenden Grundsätze sollten aus dem *Trebellianum* entnommen werden, das *Pegasianum* wird von ihm mit starker Mißbilligung verworfen.[2]) So gilt auch im justinianischen und gemeinen Recht der Universalfideikommissar als Vermächtnisnehmer, dessen Rechtsstellung

---

[1]) Vgl. zum Folgenden: *Gaius*, II. 247—259. *Ulpian*, XXV. 11. 14—16. §§ 3—8 *J. h. t.* 2, 23.

[2]) § 7 *J. h. t.* 2. 23. *const. „Tanta"* § 6a.

sich aber im einzelnen von der des Einzelvermächtnisnehmers unterscheidet.

III. Es entsprach der historischen Entwickelung, die das eigentümliche Institut genommen hat, daß *Justinian*, wenn er nicht grundlegend ändern wollte, unmittelbaren Rechtsübergang selbst ohne Restitutionserklärung hier nicht zulassen konnte. Und so bezieht sich in der That jene Constitution, die für Singularvermächtnisse, wo es nur anging, unmittelbaren Rechtsübergang schuf, nicht auf die Universalfideikommisse.

Zwar unterscheidet die Constitution nicht ausdrücklich, aber ihre ganze Ausdrucksweise zeigt, daß sie nur an Einzelvermächtnisse denkt. Daß das wirklich der Fall ist, beweist die um zwölf Jahre jüngere *Novella* 108 *cap.* 2. Dort giebt *Justinian* die dingliche Klage und das Pfandrecht für den Fall des „Fideikommisses auf den Überrest". Man kann nicht sagen, daß hierin nur eine Wiederholung und Bestätigung bereits bestehenden Rechts liege, wie wir es ja vielfach finden; denn die Novelle zeigt sich ausdrücklich als neues Recht an (*„ex auctoritate huius legis"*) und verweist auf die analogen Bestimmungen der Constitution über die Einzelvermächtnisse, die sie schlechthin „*legata*" nennt.[3]) Auch die Aufnahme einer großen Anzahl von Stellen,[4]) die den Übergang der Rechte des Nachlasses an die Restitution knüpfen, beweist, daß *Justinian* nicht schon durch *l.* 1 *C.* 6, 43 dem Universalfideikommissar unmittelbar dingliches Recht hat verleihen wollen.[5])

IV. So ist denn hier in der Regel der Bedachte auf sein Forderungsrecht gegen den Erben angewiesen. Der In-

---

[3]) *Glück*, XIX. S. 168. *Dernburg*, Pfandrecht, I. S. 328 fg. *Windscheid*, § 665, Anm. 1.

[4]) Vgl. z. B. *l.* 38 (37) *pr. l.* 65 (63) *pr. D. ad S. C. Trebell.* 36, 1.

[5]) Das ist auch seit alters in Theorie und Praxis herrschende Meinung. *Glosse omnibus vero ad l.* 1 *C.* 6, 43. *Donellus, com. in cod.* 6, 43 (*opp.* IX. 670). *Lauterbach, tit.* XX. 2 § 62. *Chifletius, de iure fideicommissorum* (*Otto, thesaurus*, V. 780[1]), ferner *Glück, Windscheid, Dernburg* (s. oben), *Seuffert*, Veräußerungsverbot, S. 40. *S. A.* VII, 337, vgl. XII. 50, XIV. 103. A. M. *Mayer*, §§ 12. 13. *Brinz*, § 430 bei Note 32.

halt der Forderungsklage ist hier nicht wie beim Einzelvermächtnisse die Verschaffung einzelner Vermögensstücke, sondern die Restitution der Erbschaft oder eines Teiles derselben im ganzen mit Rechten und Pflichten, was durch einfache Erklärung geschehen kann. Ein unmittelbarer Übergang der Erbschaft findet nur in wenigen Ausnahmefällen statt. So zunächst bei dem *fideicommissum eius quod superfuturum erit.* Wo ferner eine Restitutionserklärung, die auch von einem gesetzlichen Vertreter abgegeben werden kann,[6]) nicht erzwingbar ist, weil der Fiduciar gerichtlichem Zwange unzugänglich oder erblos verstorben ist, da erhält der Bedachte die Erbschaftsklagen schon ohne Restitutionserklärung als *utiles*, d. h. er erwirbt die in der Erbschaft steckenden Rechte hier unmittelbar.[7])

V. Da hier also in der Regel der Fiduciar bis zur Restitutionserklärung unbeschränkter Eigentümer u. s. w. ist, und auch die Restitutionserklärung nicht im stande ist, dem Bedachten rückwirkend dingliches oder Forderungsrecht zu übertragen, so ist es von weit größerer selbständiger Bedeutung als beim Singularvermächtnis, daß *Justinian* die Bestimmungen der *l.* 3 *C.* 6, 43 mit ihrem Veräußerungs- und Ersitzungsverbot ausdrücklich auch auf Universalvermächtnisse erstreckt hat.[8]) Erst durch diese Constitution erhielt der Erbschaftsvermächtnisnehmer eine gewisse Sicherheit dafür, daß ihm schließlich die Nachlaßstücke anfallen würden. Alle aus *cupido avaritiae* hervorgegangenen Veräußerungen des Fiduciars sind demnach auch hier in den Grenzen, die wir oben im § 6 für Einzelvermächtnisse bereits entwickelt haben, entweder von vornherein oder später nach rückwärts hin nichtig. Daher rechtfertigt sich sehr wohl die Aufnahme der im § 3 bereits gewürdigten *l.* 89 § 7 *D. de leg. II°.*, die, wie wir sahen, von *Scävola* mit Rücksicht auf die *in rem missio* geschrieben wurde, die aber

6) Vgl. *l.* 7 § 1a *C. ad S. C. Treb.* 6, 49.

7) *l.* 7 § 1b u. c. *C. h. t.* 6. 49.

8) *l.* 3 § 3 *C.* 6, 43 (*„fideicommissum universitatis vel speciale“ — „vel substitutione vel restitutione“*), vgl. zur Ausdrucksweise die gleichfalls von *Justinian* stammende *l.* 8 *C. h. t.* 6, 49.

in die Kompilation um deswillen ganz vortrefflich paßt, weil hier der Satz der *l.* 3 *C.* 6, 43, daß gutgläubige Veräußerungen von Nachlaßsachen unberührt bleiben, an einem Beispiel in seiner Wirkung gezeigt wird. Natürlich tritt der Erlös an die Stelle des Veräußerten, und daraus erklärt sich der Schluß der Stelle. M. E. ist es daher irrig, wenn *Marezoll*[9]) von dieser Stelle sagt, „sie sei vielmehr nur aus Versehen mitaufgenommen" worden.

Nur eine Erweiterung der *l.* 3 *C.* 6, 43 erscheint hier am Platze. Wir sahen schon oben, daß diese Constitution nur von dinglichen Rechten spricht und an Forderungen nicht denkt. War das auch bei Singularvermächtnissen nicht vom Übel, weil hier das Recht selbst unmittelbar, aller gegenteiligen Verfügungen ungeachtet, übergehen konnte, so liegt der Fall beim Universalvermächtnis anders. Hier könnte in der That der Fiduciar durch Veräußerung der Forderungsrechte den Fideikommissar empfindlich schädigen. Wir handeln deshalb wohl im Sinne *Justinians*, wenn wir die Bestimmungen der *l.* 3 *C.* 6, 43 auf Forderungen analog ausdehnen.[10])

VI. Weitergehende Rechte in Bezug auf die Veräußerung von Nachlaßsachen hat nur, dem Willen des Erblassers entsprechend, der Fiduciar beim „Fideikommiß auf den Überrest". Hatte man diesem bisher gestattet, *boni viri arbitratu* seine Ausgaben auf beide Vermögensmassen verhältnismäßig zu verteilen,[11]) so änderte das *Justinian*, vielleicht wegen der schwierigen Berechnung im einzelnen, und verordnete, daß der Fiduciar frei über drei Viertel des Nachlasses verfügen dürfe.[12]) Fängt der Erbe an, auch das letzte Viertel anzugreifen, so geht sofort das Recht an den Sachen selbst auf den Vermächtnisnehmer

---

9) a. a. O. S. 133.

10) *Windscheid*, § 665.

11) *l.* 56 (54). *l.* 60 (58) § 8 *D. h. t.* 36, 1. *l.* 25 § 16 *i. f. D. de her. pet.* 5, 3.

12) *Nov.* 108 *cap.* 2.

über,[13]) der Fiduciar kann es nicht mehr weiter übertragen. Dieses letzte Viertel bestimmt sich aber nicht speziell nach Nachlaßsachen; es genügt, wenn der Fiduciar überhaupt eine Summe in der Höhe der verfangenen Quote im Vermögen hat. Ist das nicht der Fall, so geht die Klage des Vermächtnisnehmers gegen jeden Dritten auf alle im letztkonsumierten Viertel befindlichen Nachlaßsachen. Hier hat er auch eine *actio hypothecaria*, die also wie die *actio in rem* nach *Justinian* analog den Klagen aus *l.* 1 *C.* 6, 43 behandelt werden soll und demnach zur Verfolgung aller Nachlaßsachen, die der Fiduciar vom Erblasser erhalten hat, angestrengt werden kann.

VII. Sonst haben die Erbschaftsvermächtnisnehmer dieses letzterwähnte Sicherungsmittel nicht, da sich auf sie ja die *l.* 1 *C.* 6, 43 nicht bezieht. Was die übrigen Verstärkungsmittel der Forderung anlangt, so ist das Recht auf *cautio* und das Recht auf Separation auch für den Universalfideikommissar gegeben, und ihre Anwendung im einzelnen unterscheidet sich in nichts von dem schon bei den Einzelvermächtnissen Behandelten.

Gegen die Säumnis in der Entrichtung des fälligen Vermächtnisses, d. h. in der Abgabe der Restitutionserklärung, giebt es hier ein durchgreifenderes Mittel als die *missio Antoniniana*, von ähnlicher Schärfe wie die bei Einzelvermächtnissen nach einjähriger Säumnis eintretende Indignität. Wir sahen schon, daß der der Klageanstellung sich entziehende Fiduciar sein Recht ohne Restitutionserklärung an den Fideikommissar verliert.[14])

---

[13]) Nur im Falle der Not darf der Fiduciar zu einzelnen bestimmten löblichen Zwecken auch über das letzte Viertel ungestraft verfügen.

[14]) Hat er aber eine ordentliche Ladung vor ein zuständiges Gericht erhalten und dann im Versäumnisverfahren seinen Prozeß verloren, so bedarf es auch hier keiner langwierigen Exekution. Das Urteil, das die Pflicht zur Restitutionserklärung ausspricht, führt, da es sich hier um eine reine Willenserklärung handelt, mit seiner Rechtskraft auch den Übergang der Erbschaft unmittelbar herbei. *arg.* § 779 *C.-P.-O.*

III. Der Vermächtnisanspruch im B. G.-B.

§ 13.

I. Der Begriff des „Vermächtnisses" wird im neuen Recht insofern geändert, als das Universalfideikommiß aus dem Kreise der Vermächtnisse ausscheidet.

Schon das *A. L.-R.* hat diese Zwischenbildung, die als Vermächtnis begann und doch schließlich den Bedachten in eine Erbenstellung brachte,[1]) aus dem Vermächtnisrecht herausgehoben und den Universalfideikommissar auch in der rechtlichen Betrachtung als „nachgesetzten Erben"[2]) klassifiziert.

Dem folgt das *B. G.-B.* Der römische Universalfideikommissar heißt „Nacherbe"[3]) und wird „mit Eintritt des Falles" wirklicher Erbe.[4])

II. Ist diese Änderung in der Hauptsache theoretischer Natur, so greift die Neuregelung des Rechts der Einzelvermächtnisse um so tiefer in das praktische Leben ein.

Den einzigen Anspruch des Vermächtnisnehmers bringt der § 2174 *B. G.-B.*: „Durch das Vermächtnis wird für den Bedachten das Recht begründet, von dem Beschwerten die Leistung des vermachten Gegenstandes zu fordern."

Es wird also im neuen Recht nur ein Verhältnis zwischen dem Beschwerten und dem Bedachten begründet, auf das die allgemeinen Regeln des Rechts der Schuldverhältnisse Anwendung finden.[5])

Alle in der Erbschaft enthaltenen Rechte kommen ausnahmslos in die Vermögenssphäre des Erben, ein unmittelbarer Rechtserwerb des Vermächtnisnehmers findet nicht statt.

1. Damit weicht das *B. G.-B.* nicht nur vom gemeinen Recht, sondern auch von den geltenden Partikularrechten[6])

1) *Fischer*, Pr. Privatr., S. 615.
2) *A. L.-R.* I. 12 § 480.
3) *B. G.-B.* § 2100.
4) *B. G.-B.* § 2139.
5) Vgl. *B. G.-B.*, §§ 2154. 2155. 2171 vbd. mit §§ 306. 308 u. 309.
6) *A. L.-R.* I. 12. 288. Sächsisches Gesetzbuch, § 2451, auch *Code civil art.* 1014.

ab, ja man hielt diese „Abweichung von dem in dem größten Teile Deutschlands bestehenden Rechte“ für so wichtig und „schwerwiegend“,[7]) daß man ursprünglich (§ 123 des Entwurfsdes Redaktors, § 1865 des ersten Entwurfs) noch ausdrücklich im Gesetzestext sagte: „Ein unmittelbarer Übergang des den Gegenstand des Vermächtnisses bildenden Rechtes auf den Vermächtnisnehmer findet auch dann nicht statt, wenn das Recht zum Nachlasse gehört.“

Der einschneidenden Art der Neuerung entspricht es auch, daß sie im Schoße der mit der Ausarbeitung betrauten Kommissionen und bei den außerhalb stehenden Kritikern nicht ohne Widerspruch blieb. In der ersten Kommission beantragten zweimal nicht geringe Minderheiten die Wiederherstellung des unmittelbaren Rechtsüberganges,[8]) wenn auch mit gewissen Modifikationen gegenüber dem gemeinen Recht. Und als der erste Entwurf der öffentlichen Kritik unterbreitet wurde, da erhoben sich viele Stimmen[9]) gegen diese Neuerung, und ein Beschluß des 19. Deutschen Juristentages verwarf sie gleichfalls. Die Bundesregierungen aber billigten die Bestimmung trotz der Kritik.[10]) In der zweiten Kommission wiederholten sich die Vorgänge. Man schlug vor, dem Erblasser wenigstens die Möglichkeit unmittelbarer Rechtsübertragung zu gewähren.[11]) Auch Anträge zur Wiederaufnahme der gemeinrechtlichen Bestimmungen wurden gestellt,[12]) die Erörterung hierüber noch zuletzt[13]) innerhalb der Kommission von neuem angeregt. Die Antragsteller blieben aber in der Minderheit, und so ist der dem Reichstag vorgelegte § 2050 des zweiten

---

[7]) I. *Protokolle* 9462. *Motive*, V. 176.

[8]) I. *Protokolle* 9332—9339. 9459—9462.

[9]) *Bähr*, S. 144 ff. *Gierke*, Der Entwurf und das deutsche Recht, S. 515. *Leonhard*, Die besonderen Rechtszweige im Entwurfe . . ., S. 159. *Friedensburg, Dernburg, Wilke, Bunsen, Lebenheim* in den Verhandlungen des 19. Juristentages.

[10]) II. *Protokolle*, V. S. 204.

[11]) II. *Protokolle*, V. S. 201.

[12]) II. *Protokolle*, V. 205 ff.

[13]) II. *Protokolle*, VI. 345 f.

Entwurfs nur eine stilistisch geänderte Fassung des § 1865 des ersten Entwurfs. Den zweiten Satz, der den Hinweis auf die Änderung des Rechtszustandes enthielt, hat man gestrichen.

Die dem Reichstag vorgelegte Denkschrift spricht über diese alle Kreise des Volkes angehende Frage gar nicht, und so ist die Erörterung darüber auch in den Verhandlungen des Reichstags über das Gesetzbuch unterblieben.

2. In den angeführten Begründungen der Entwürfe und in den Kommissionsverhandlungen hat man gegen den unmittelbaren Rechtsübergang beim Vermächtnis folgende Gründe angeführt, die für die Abstimmungen maßgebend gewesen sind.

a. Der unmittelbare Rechtsübergang passe nicht in das System des *B. G.-B.*; denn er sei einmal eine Durchbrechung des Prinzips der Universalsuccession und widerspreche ferner dem Gedanken des *B. G.-B.*, daß zur Übertragung von dinglichen Rechten außer der Willenserklärung noch eine äußerlich hinzutretende Thatsache — Tradition bei beweglichen, Auflassung oder Eintragung bei unbeweglichen Sachen — erforderlich sei.

Diese Begründung verstößt doch aber wohl gegen den Grundsatz: *non ius ex regula!* Ist das nicht Durchführung eines Rechtsprinzips bis in seine äußersten Konsequenzen ohne Rücksicht auf die Bedürfnisse des Rechtslebens! Am römischen Recht bewundert man freilich die Konsequenz der Prinzipien, und doch haben sich die Römer nicht gescheut, hier von den oben genannten beiden Prinzipien der Universalsuccession und der Tradition abzugehen, weil das die Rücksicht auf die Sicherheit des Vermächtnisnehmers erforderte. Daß die Durchführung des bisherigen Rechts sich auch mit dem Grundbuchrecht in Einklang bringen läßt, beweist das preußische Recht. Und daß hierdurch in der Praxis Schwierigkeiten nicht entstanden sind, beweisen die Äußerungen von zahlreichen Praktikern auf dem 19. Juristentage.

In gewissem Sinne müßte ja freilich den Grundsätzen des neuen Rechts Rechnung getragen werden. Die

Verfolgung der vermachten Sache gegen den dritten gutgläubigen Erwerber wäre heute natürlich auszuschließen, und wer auf die vermachte Forderung des Erblassers in Unkenntnis an den Erben leistet, müßte gegen nochmalige Forderung geschützt werden. Aber der Schutz des *B. G.-B.* wird darüber hinaus auch dem bösgläubigen Erwerber gewährt. Hat der Erblasser einem Freunde also ein kostbares Andenken vermacht, das der Erbe lieber behalten möchte, so braucht er es nur seiner Frau zu schenken, dann ist der Bedachte auf die bloße Entschädigungsforderung beschränkt, während bisher eine derartige Handlung sich als Delikt — als Unterschlagung — qualifizierte.

b. Es wird ferner behauptet, die Rücksicht auf die Gläubiger des Erblassers und auf den Erben verlange den Ausschluß des unmittelbaren Rechtsüberganges. Der Vermächtnisnehmer könne über die vermachten Sachen sofort verfügen und sie so den Gläubigern des Erblassers entziehen; denn ihre Verfolgung in die dritte Hand müsse als ausgeschlossen gelten. Zeige sich der Nachlaß nachher insolvent, so könnten die Gläubiger des Erblassers und der Erbe dem Bedachten mit einer vielleicht wertlosen Entschädigungsforderung nachlaufen.

Die damit zur Geltung gebrachte Rücksicht auf die Gläubiger ist aber kein neues Prinzip. Das römische und das deutsche Recht kannten es. Vermächtnisse galten von vornherein als nichtig im römischen Recht, wenn die Erbschaftsmasse nicht zur Tilgung der Erbschaftsschulden ausreicht, und auch das deutsche Recht hat den Grundsatz, den das Rechtssprichwort: „die Schulden sind der nächste Erbe“[14]) zum Ausdruck bringt. Auch zur Durchführung des Gedankens fehlt es nicht an Mitteln. Wir haben oben gesehen, daß im römischen Recht der Besitz der vermachten Nachlaßsachen beim Erben bleibt. Der Bedachte muß dessen Übertragung abwarten.[15])

---

[14]) *Eisenhart,* Grundsätze des deutschen Rechts in Sprüchwörtern, S. 284.

[15]) Ebenso *A. L.-R.* I. 12 § 311. Vgl. Grdb. O. §§ 53. 85. E. E. G. § 65.

Bei dem Vermächtnis von Forderungen fehlte es freilich an einer entsprechenden Bestimmung. Wir sahen aber,[16]) daß *Dernburg* diesen Grundsatz bereits durch analoge Anwendung des *interdictum quod legatorum* zur Anwendung bringen wollte. Es wäre doch leicht gewesen, im *B. G.-B.* auch dieses Prinzip zur Geltung zu bringen und den Vermächtnisnehmer zur vollen Herstellung des rechtlichen Effekts des Vermächtnisses an den Erben zu verweisen. Dieser hätte es dann in der Hand durch besondere Abmachungen sich für den Fall voraussichtlicher Überschuldung des Nachlasses zu sichern.

Die Motive nennen das zwar eine „Zwittergestaltung", aber beweisen dadurch nur noch mehr, daß ihnen die scharfe Durchführung der Prinzipien höher steht, als die Bedürfnisse des Rechtslebens.

c. Man hielt es daher „für richtiger, in allen Fällen davon auszugehen, daß der unmittelbare Rechtserwerb durch den Vermächtnisnehmer nicht gewollt sei"[17]) und konstruierte sich damit einen Testator, der einer Fiktion sein Dasein verdankt. Ganz im Gegenteil ist vielmehr anzunehmen, daß der Testator fast immer den unmittelbaren Rechtsübergang im Auge hat. Bekannt ist, daß unsere Nichtjuristen „zum Erben einsetzen" und „vermachen" vielfach verwechseln, daß sie Universalsuccession und Sondernachfolge nicht scharf trennen. Das Recht kam bisher dem Volksbewußtsein darin zu Hilfe, daß es beiden Anordnungen in Bezug auf den Rechtsübergang wenn möglich gleichstarke Wirkungen beilegte.

3. So wird denn die Rechtsstellung des Vermächtnisnehmers im neuen Recht bedeutend gefährdet, zumal das *B. G.-B.* von den vielen Sicherungsmitteln des gemeinen Rechts nur weniges kennt und mehr auch nicht gewähren darf.

Als Sicherungsmittel kommen im neuen Reichsrecht in Betracht, einmal Arrest und einstweilige Verfügungen nach den Vorschriften der *C.-P.-O.* Da diese aber mindestens betagte Forderungen voraussetzen, entbehren bedingte Ver-

16) S. 31 f.

17) II. *Protokolle, V.* 208.

mächtnisse dieses Schutzes gänzlich; denn das *B. G.-B.* kennt auch keinen sofort realisierbaren Kautionsanspruch zu ihrer Sicherung.

Das hauptsächlichste und praktisch bedeutsamste Sicherungsmittel aber ist das dem alten Separationsrecht sehr ähnliche Recht zur Beantragung der „Nachlaßverwaltung."

Danach wird auch hier die Erbschaft als ein mit den Nachlaßverbindlichkeiten belastetes von dem übrigen Vermögen des Erben getrenntes Gut behandelt.[18]) Die Abtrennung dieser Masse von dem übrigen Vermögen des Erben können die Nachlaßgläubiger, d. h. auch die Vermächtnisnehmer,[19]) innerhalb zweier Jahre nach der Annahme der Erbschaft beantragen, wenn „das Verhalten oder die Vermögenslage des Erben"[20]) ihre Befriedigung aus dem Nachlaß gefährdet. Wird diesem Antrage stattgegeben, so verliert der Erbe die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über den Nachlaß,[21]) bis alle bekannten Nachlaßverbindlichkeiten berichtigt sind.[22]) Diese Regelung des alten Separationsrechts macht denn auch den bisherigen § 43 *K.-O.* überflüssig, den das Gesetz vom 17. Mai 1898 in No. 22 aufhebt.

An die Nachlaßverwaltung kann sich ein Konkurs über den Nachlaß anschließen, den hier sogar ein Vermächtnisnehmer soll beantragen dürfen.[23]) In diesem Nachlaßkonkurse werden die Vermächtnisnehmer, entsprechend der allgemeinen Regel, erst am Ende der Gläubigerreihe befriedigt.[24]) Ein Recht, Nachlaßsachen gegen Dritte zu verfolgen, wird es von nun an nur nach den Regeln des Reichsanfechtungsgesetzes und den entsprechenden Vorschriften der Konkursordnung geben.

---

[18]) *arg.* §§ 1976. 1977. 1978 *B. G.-B.*
[19]) *arg.* § 1967. Abs. 2.
[20]) § 1981 *B. G.-B.*
[21]) § 1984 *B. G.-B.*
[22]) § 1986 *B. G.-B.*
[23]) § 205b *K.-O.* (No. 62 des Ges. v. 17. Mai 1898).
[24]) § 205i *K.-O.* (a. a. O.).

C. Ergebnis.

§ 14.

Die vorstehenden Ausführungen haben ergeben, daß das neue Reichsrecht an Stelle eines uralten und dadurch etwas unübersichtlich gewordenen Rechtszustandes mit vielen Streitfragen Bestimmungen schafft, die den Vorzug der durchsichtigen Klarheit unbedingt in Anspruch nehmen können.

Aber dieser Vorzug ist nicht erreicht durch Ausmerzen obsoleter Bestimmungen, durch klares Entscheiden streitiger Punkte. Man hat die schwierige aber nicht unlösbare Frage der Anpassung eines altgewohnten Rechtsgrundsatzes an das neue System nicht zu lösen versucht, sondern hat auf ein im Volke wurzelndes Prinzip einfach verzichtet. Man hat damit die Sicherheit des Vermächtnisnehmers bedeutend verringert, ohne andere Vorzüge als den genannten einzutauschen. Wie stark das Bedürfnis nach dinglicher Sicherung der Vermächtnisse einst gewesen ist, das sahen wir im alten römischen Recht, das auf wunderlichen Umwegen doch schließlich auf eine Art dinglicher Sicherung für die nur obligatorisch wirkenden Fideikommisse hindrängte.

Daß das Bedürfnis heute nicht mehr besteht, ist nicht anzunehmen. Der Testator kann sich aber nun nicht mehr auf das Gesetz verlassen. Er wird, wenn er die Gewähr für sichere Erfüllung seines letzten Willens haben will, einen Testamentsvollstrecker einsetzen müssen oder auf einem Umwege den unmittelbaren Rechtsübergang dadurch ermöglichen, daß er den zu Bedenkenden als Miterben beruft und zugleich anordnet, daß er auf seinen Erbteil gewisse Rechte — aber nur diese — aus dem Nachlasse erhalten solle.*)

*) II. *Protokolle*, V. 208.

Der Verfasser vorstehender Arbeit ist am 10. Dezember 1876 als Sohn des Spediteurs *Louis Licht* und der Frau *Emma Licht* geborenen *Jaraczewska* in *Posen* geboren.

Von Michaelis 1885 an besuchte er das Königliche Friedrich-Wilhelms-Gymnasium zu *Posen*, das er Michaelis 1894 mit dem Zeugnis der Reife verließ, um Rechts- und Staatswissenschaften zu studieren.

Auf den Universitäten zu *Berlin, Heidelberg* und *Breslau* hörte er die Vorlesungen der Herren Professoren und Privatdozenten

Bennecke †, *Biermann, du Bois-Reymond* †, *Brunner, Dambach, Dernburg, Eck, Kuno Fischer, Otto Fischer, Gierke, von Gneist* †, *Gradenwitz, Hinschius* †, *Hübler, Jastrow, Karlowa, Kohler, Leonhard, Mendel, Muther, C. Neumann, Oertmann, Preuss, Scheffer-Boichorst, Erich Schmidt, Schmoller, Schröder, Sombart, Thode, von Treitschke* †, *Adolf Wagner*

und besuchte die Seminare und Übungen der Herren Professoren

Beling, Brie, Dahn, Eck, Otto Fischer, Heymann, Jörs, Kohler, Leonhard, Oertmann.

Am 22. Dezember 1897 bestand er die erste juristische Prüfung an dem Königlichen Oberlandesgericht zu *Breslau* und wurde am 10. Januar 1898 bei dem Königlichen Amtsgericht in *Obornik* als Referendar vereidigt.

Am 25. Januar 1898 bestand er das *Examen rigorosum.* Zur Zeit ist er bei dem Königlichen Landgericht zu *Posen* beschäftigt.